

La demolición de la construcción ilegal y la problemática de su ejecución

The demolition of illegal construction and the problems
of its execution

Isabel Ma ALCARAZ ABELLÁN*

RESUMEN: En el presente artículo se realiza un análisis sobre los supuestos en los que se debe acordar la demolición de la construcción ilegal en el orden penal, siguiendo los criterios establecidos en este sentido por la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo y de diferentes Audiencias Provinciales, profundizando en la problemática de su efectiva ejecución que se presenta como necesaria para conseguir el verdadero restablecimiento de la legalidad urbanística infringida.

PALABRAS CLAVE: principio de transparencia; administración pública; principio de publicidad; información administrativa; materia económica.

ABSTRACT: In the current article an analysis is made about the assumptions in which we need to agree about the demolition of the illegal construction in the criminal jurisdiction order, by following the criteria established by the jurisprudence under the sentence of the Hight Court and several Provincial Courts, delving into the problems of its effective execution required to achieve the real reestablishment of the broken urban legality.

KEYWORDS: Illegal construction; urbanistic infraction; crime against the order of the territory; demolition; forced execution.

* Abogada Urbanista y prof. Universidad de Murcia, UCAM. Contacto: <ialcaraz@ucam.edu>. Fecha de recepción: 14/11/2017. Fecha de aprobación: 08/04/2018.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal de 1995 tipifica por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la figura de los Delitos sobre la Ordenación del Territorio, pretendiendo con ello erradicar la proliferación de la construcción de viviendas ilegales ante la ineficacia manifiesta de la potestad sancionadora de la Administración en esta materia.

Habiendo transcurrido ya el tiempo suficiente desde la creación de esta nueva figura jurídica como para poder valorar las consecuencias que la misma ha tenido sobre la efectiva protección del bien jurídico amparado por estos tipos delictuales y, en especial, sobre la consecución de los fines de prevención general que la pena debe cumplir y, que en este caso estarían representados por la no ejecución de construcciones ilegales. En el presente trabajo se procederá a profundizar sobre este tema a la vista de la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales.

Es evidente que la finalidad última de la sanción administrativa o de la sanción penal que se imponga al promotor de una obra ilegal, no es tanto el castigo mediante la sanción económica o la pena privativa de libertad, sino el restablecimiento del suelo a la situación anterior a la ejecución de la construcción, lo que tiene lugar mediante la demolición de lo ilegalmente construido, ya que en caso contrario se estaría perpetuando la lesión al bien jurídico, con el consiguiente detrimento colateral del medio ambiente y del paisaje.

El Código Penal, al regular los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, prevé la facultad de los jueces penales de acordar la demolición de lo ilegalmente construido, pero no establece cuáles son los criterios que deben valorar dichos jueces para acordar la demolición. Esta omisión ha tratado de ser paliada por el Tribunal Supremo que ha establecido a través de sus sentencias los parámetros que deben valorarse para acordar la demolición, a pesar de lo cual nos encontramos con la existen-

cia de jurisprudencia contradictoria entre las distintas Audiencias Provinciales, siendo algunas más permisivas con la permanencia de dichas construcciones ilegales, mientras que otras acuerdan la demolición en todo caso, aún cuando se trate de la vivienda del infractor o se haya construido en un suelo, que a pesar de estar calificado como no urbanizable, constituye un núcleo urbano de *facto*. A mayor abundamiento y dentro de las Audiencias Provinciales que siguen el criterio de acordar la demolición de la construcción ilegal, se puede diferenciar en la fase posterior de ejecución de la condena, aquellos Jueces de lo Penal que tras dicho pronunciamiento acuerdan la ejecución de la misma hasta verificar que se ha producido la demolición efectiva de la obra, de aquellos otros que se limitan a comunicar dicha condena a la Administración para que sea el Ayuntamiento quien lleve a cabo el restablecimiento del orden urbanístico infringido, siendo esta última la tónica general de nuestros juzgados y la que mayores dificultades presenta para asegurar que la demolición de la obra ilegal se lleve a cabo en la realidad.

El verdadero problema surge cuando tras la condena penal a la demolición el juez no ejecuta dicha condena. Así, aún en el caso de que el Código Penal contuviese un catálogo taxativo de los supuestos en los que se debe proceder a la demolición de las construcciones ilegales, la verdadera protección del bien jurídico no se logra con el pronunciamiento judicial de condena a la demolición contenido en la sentencia, sino que exige que dicha demolición se lleve a cabo realmente y se restituya el suelo a su situación originaria antes de la ejecución de la obra. Sólo en el caso de que se proceda materialmente a la demolición de lo ilegalmente construido cobra sentido la tipificación administrativa o penal de este tipo de infracciones, ya que hasta el momento existe en la sociedad la conciencia generalizada de que se puede construir en cualquier paraje natural sin licencia con el único riesgo de abonar una sanción económica pero conservando en todo caso la construcción realizada, por lo que para erradicar este tipo de conductas, conviene adoptar las medidas legales oportunas que

garanticen que la consecuencia de la construcción sin licencia será necesariamente la demolición de la obra. Para conseguir dicho objetivo será imprescindible una adecuada coordinación de las autoridades administrativas y judiciales que garantice la ejecución de la condena de demolición, sin que ninguna de dichas autoridades pueda hacer dejación de las funciones y competencias que le son propias.

II. PROTECCIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, DEL MEDIO AMBIENTE Y DEL DERECHO AL PAISAJE

La demolición de cualquier construcción ejecutada sin la preceptiva licencia, es una exigencia necesaria para lograr la efectiva protección del bien jurídico de las infracciones urbanísticas y de los delitos sobre la ordenación del territorio, que no es otro que la utilización racional del suelo de manera sostenible como recurso material limitado y la ordenación de su uso orientada a satisfacer el interés general.

El bien jurídico protegido en las infracciones de la normativa urbanística y de ordenación del territorio se encuentra íntimamente unido al derecho al medio ambiente y al derecho al paisaje los cuales se ven alterados gravemente como consecuencia de la existencia de construcciones ilegales.

El Tribunal Constitucional (Pleno) en Sentencia núm. 102/1995 de 26 junio¹ reconoce esta vinculación entre el medio ambiente, el paisaje y el urbanismo en los siguientes términos

el medio ambiente como objeto de conocimiento desde una perspectiva jurídica, estaría compuesto por los recursos naturales, concepto menos preciso hoy que otrora por obra de la investigación científica cuyo avance ha hecho posible, por ejemplo, el

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 26 de junio de 1995, núm. 102/1995, Ponente: Don Rafael de Mendizábal Allende.

aprovechamiento de los residuos o basuras, antes desechables, con el soporte físico donde nacen, se desarrollan y mueren. La flora y la fauna, los animales y los vegetales o plantas, los minerales, los tres «reinos» clásicos de la Naturaleza con mayúsculas, en el escenario que suponen el suelo y el agua, el espacio natural. Sin embargo, ya desde su aparición en nuestro ordenamiento jurídico el año 1916, sin saberlo, se incorporan otros elementos que no son naturaleza sino Historia, los monumentos, así como el paisaje, que no es sólo una realidad objetiva sino un modo de mirar, distinto en cada época y cada cultura.” Concluyendo el supremo intérprete de la Constitución que “el carácter complejo y polifacético propio de las cuestiones relativas al medio ambiente hace que éstas afecten a los más variados sectores del ordenamiento jurídico (STC 64/1982). Ello explica que la competencia estatal sobre esta materia converja o concurra poliédricamente con otras muchas autonómicas sobre ordenación del territorio y urbanismo, agricultura y ganadería, montes y aguas y caza y pesca.

En un primer momento se basó la protección penal de las vulneraciones contra la ordenación del territorio en los derechos constitucionales a un medio ambiente adecuado y a una vivienda digna y adecuada, reconocidos en los Artículos 45² y 47³ de la Constitución Española de 1978, respectivamente.

² Artículo 45 CE: “1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.”

³ Artículo 47 CE: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.”

Con carácter más reciente se fundamenta la tipificación de dichas conductas en el derecho al paisaje o a un desarrollo sostenible reconocidos entre otros textos internacionales en el Convenio Europeo del Paisaje y⁴ en la Directiva sobre responsabilidad medioambiental⁵.

El Convenio Europeo del Paisaje fue suscrito en Florencia (Italia), el 20 de octubre de 2000, entró en vigor una vez ratificado por diez Estados signatarios miembros del Consejo de Europa, el día 1 de marzo de 2004. El Gobierno de España ratificó el citado Convenio el 26 de noviembre de 2007, entrando en vigor en nuestro país el 1 de marzo de 2008. En el Preámbulo del Convenio se hace referencia a la vinculación de paisaje con la ordenación urbanística, estableciendo en el Art. 1 apartado a) una definición legal del paisaje entendiendo por tal “cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos”.

Por su parte la Directiva sobre responsabilidad medioambiental, Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Dicha directiva fue transpuesta al Derecho Español mediante la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental⁶ publicada en el BOE núm. 255 de 24 de Octubre de 2007, entrando en vigor el 25 de Octubre de 2007. En Preámbulo (Apartado I) de la Ley 26/2007, con base en el principio de que “*quien contamina paga*” se configura la responsabilidad medioambiental como una responsabilidad ilimitada que obliga a reparar el daño causado devolviendo los recursos naturales dañados a su estado original, lo que conlleva la necesidad de demolición de cualquier

⁴ Convenio Europeo del Paisaje suscrito en Florencia, Italia, el 20 de octubre de 2000, que entró en vigor una vez ratificado por diez Estados signatarios el día 1 de marzo de 2004.

⁵ Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

⁶ Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

construcción que lesione el medio ambiente. Asimismo, la citada Ley configura la responsabilidad medioambiental como una responsabilidad de carácter objetivo en la que las obligaciones de reparar el daño medioambiental se impone al operador con independencia de que su actuación haya sido dolosa o negligente, lo que conlleva la obligación de demoler las construcciones ilegales aún en el caso de que los adquirentes de las mismas hayan actuado de buena fe sin conocimiento de su carácter ilegal.

Así las cosas, la protección real de la orografía del paisaje exige que la demolición de las construcciones ilegales sea una realidad, no bastando para ello la condena al restablecimiento de la legalidad urbanística sino que es necesario que se proceda a la demolición de las obras ejecutadas sin licencia, llegando en su caso a la ejecución forzosa de las órdenes de demolición, bien sea por la Administración Pública o por los Juzgados y Tribunales.

III. LA DEMOLICIÓN DE LA OBRA ILEGAL

Para proteger el medio ambiente y el paisaje, tanto la normativa administrativa y como la penal, regulan la posibilidad de que al sancionar los atentados perpetrados contra la ordenación del territorio se acuerde la demolición de la obra ilegal. En este sentido, el Artículo 319.3 del Código Penal⁷ prevé que el juez pueda acordar la demolición de lo ilegalmente construido como parte de la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito.

⁷ Artículo 319.3 CP: “En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.”

De la redacción literal del Artículo 319.3 del Código Penal podría inferirse que el juez penal tiene la facultad de pronunciarse o no sobre la demolición de la construcción ilegal, incluso en último extremo que el pronunciamiento sobre dicha demolición es algo excepcional cuya decisión requiere de una especial motivación. Esta problemática ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) en la Sentencia de 24 noviembre de 2014⁸ en los siguientes términos:

El texto literal del apartado 3 del art. 319 del C. Penal –señala la jurisprudencia referida–, en el que se dice que los jueces y tribunales “podrán” acordar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, ha hecho surgir dudas y respuestas discrepantes. Existen órganos judiciales que consideran que la expresión “podrán” lo que abre es una facultad excepcional, una posibilidad que además exige de una motivación específica, lo que redundando no solo en ese carácter discrecional sino incluso en lo excepcional de la adopción de la medida.

El Artículo 319.3 del Código Penal ha sido interpretado por la mayor parte de la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal considerando que el pronunciamiento sobre dicha demolición es una obligación de carácter necesario, por tratarse de una consecuencia civil derivada del delito que exige al responsable del mismo que proceda a la reparación del daño causado, pudiendo únicamente excepcionarse en casos concretos y de manera suficientemente motivada, siempre con base en el principio de proporcionalidad.

A este respecto el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) en Sentencia de 22 mayo de 2013⁹, establece:

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 24 de noviembre de 2014, Sentencia núm. 816/2014, Ponente: Excmo. Sr. Alberto Jorge Barreiro.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 22 mayo de 2013, Sentencia núm. 443/2013, Ponente: Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez.

En este sentido, es claro, la demolición es una consecuencia civil, una obligación de hacer, derivada del delito, que conecta con el art. 109 ss. CP relativos a la reparación del daño, susceptible de producirse personalmente por el culpable o culpables o a su costa. La reparación del daño ocasionado por el delito, según resulta de los arts. 109, 110 y 112 CP, está prevista con carácter general. Algo plenamente dotado de sentido, ya que, de otro modo, la voluntad del infractor prevalecería sobre la de la ley. Y tal debe ser, pues, la clave de lectura del precepto del art. 319,3º CP (aquí, en su redacción anterior) sobre cuya interpretación se discute. Así las cosas, la reparación del daño, ahora en la forma de demolición de la construcción no autorizada, será, en principio, la regla, porque es a lo que literalmente obliga el art. 109 CP. Por eso, el art. 319,3º CP no podría hacer meramente facultativo u opcional lo que tiene ese carácter necesario.

Así, la regla general es que los jueces penales deben pronunciarse con carácter necesario sobre la demolición de lo ilegalmente construido por tratarse de una consecuencia civil del delito que viene impuesta por el Art. 109 del CP¹⁰ que obliga al delincuente a reparar los daños y perjuicios por él causados.

Llegados a este punto conviene analizar en qué casos es posible que los tribunales con carácter excepcional y motivado no acuerden la demolición de la construcción ilegal. Estos criterios no se recogen en el Art. 319.3 del CP por lo que nuevamente se deben extraer de las sentencias dictadas por los tribunales penales al conocer de los delitos sobre la ordenación del territorio y el Urbanismo.

Así las cosas y tomando como base la doctrina fijada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) en la Sentencia de 11 noviembre de 2016¹¹ podemos establecer como criterios a

¹⁰ Artículo 109 CP: “1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.”

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 11 noviembre de 2016, Sentencia núm. 854/2016, Ponente: Excmo. Sr. Francisco

valorar por el juzgador a lo hora de acordar la demolición de lo ilegalmente construido los siguientes:

1º. *La gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción.* Con base en este criterio podrá no acordarse la demolición en supuestos tales como aquellos en los que a pesar de haber edificado sin licencia no resulte realmente afectado el bien jurídico protegido (utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general) o en aquellos en los que se trate de construcciones que se extralimitan de la licencia de obras concedida como sucede cuando la licencia otorgada haya agotado la edificabilidad del suelo en el que se lleva a cabo la construcción. En este sentido y a modo de mero ejemplo se pueden citar las siguientes sentencias:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15ª) de 9 diciembre de 2014¹²: “No se contienen, sin embargo, en los hechos probados –que el recurrente acepta– todos los elementos necesarios para poder concluir que esas construcciones afectaron al bien jurídico protegido. Ya hemos visto que el Tribunal Supremo exige esa afectación, lo que implica que la conducta, en este caso la construcción, debe tener la suficiente entidad para afectar –distinguiéndose cualitativamente de las infracciones administrativas paralelas– el objeto de protección de la norma penal, aunque no se exija que tal afectación deba ser acreditada de una manera determinada y pueda ser directamente inferida de la propia conducta infractora. A este respecto, en la fundamentación jurídica de la sentencia apelada se contienen argumentos relativos a la preexistencia de las edificaciones, a su antigüedad y a la naturaleza de las actuaciones realizadas que resultan razonables y sirven para fundamentar la ausencia de antijuridicidad material. No puede olvidarse tampoco que, conforme a la jurisprudencia señalada en el fundamento jurídico segundo,

Monterde Ferrer.

¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15ª) de 9 diciembre de 2014, Sentencia núm. 945/2014, Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Francisco Fraile Coloma.

todos los elementos configuradores del tipo deben estar presentes en la declaración de hechos probados.”

Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª) de 13 abril de 2011¹³: “De tal manera que en el presente caso antes de iniciarse la construcción, el imputado, como no podía ser de otra manera, solicitó licencia para obras mayores, y no menores, lo que avala la búsqueda por parte del mismo de cumplir con las exigencias legales. Remitiendo proyecto, de manera que nada quería ocultar, para la construcción en su terreno de una obra de más de 45 metros cuadrados (29,99 más 15,38 metros cuadrados, folio 22), resultando que la obra finalmente ejecutada fue de alrededor de 50 metros cuadrados –hechos probados de la sentencia de Instancia–. Lógicamente, si el imputado se excedió en alrededor de 4 metros cuadrados en la obra construida, con respecto a lo autorizado por licencia urbanística, no parece que nos encontremos ante un hecho de tal gravedad que justifique una sentencia penal condenatoria por delito del artículo 319.2 del Código Pena , cuando que el lugar donde se construyó ni tan siquiera merecía una especial protección -nótese que el Ministerio Fiscal varió su calificación inicial del artículo 319.1 al 319.2 del CP.

2º. La *proporcionalidad* de la medida en relación con el perjuicio que causaría al infractor en caso de afectar únicamente a intereses económicos o verse afectados también derechos fundamentales como el uso de la vivienda habitual. Ejemplos de la aplicación del principio de proporcionalidad para no acordar la demolición de la construcción los encontramos en las siguientes sentencias:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 1ª), de 31 enero de 2013¹⁴ en la que acuerda la no demolición en base

¹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª) de 13 abril de 2011, Sentencia núm. 27/2011, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Rodríguez Greciano.

¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 1ª), de 31 enero de 2013, Sentencia núm. 66/2013, Ponente: Ilmo. Sr. D. Diego Bueno Mielán.

al siguiente fundamento: “En nuestro caso, no es que nos encontremos ante una zona consolidada, en la que la demolición no es proporcionada, dotada de todo tipo de servicios, situación ante la cual, no debe procederse a dicha consecuencia por desproporcionada, la zona se encuentra con numerosas construcciones de casas, con luz y agua dispensada por la empresa municipal, impuestos, y poco impacto medio ambiental puede causar la demolición; no es lógico ni comprensible acordar judicialmente la demolición de una construcción aislada pues con ello sólo se causaría un perjuicio innecesario y ningún beneficio concreto al bien jurídico a proteger de escasas, por no decir, nulas perspectivas de recuperación de la zona(...) Y en el presente caso, se trata de su vivienda habitual, por lo que resultarían afectados derechos fundamentales, derecho a una vivienda digna, en cuanto a la naturaleza de la construcción, se trata de una ampliación de una vivienda ya preexistente.”

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2ª) de 12 de mayo de 2015¹⁵, en la que con base en el principio de proporcionalidad no se acuerda la demolición de lo ilegalmente construido en los siguientes términos: “En consecuencia a lo anterior, procede destacar la escasa extralimitación de la vivienda a la normativa urbanística; la falta de proporcionalidad de la demolición con el daño que se causaría al infractor; la consideración no controvertida de domicilio habitual; la naturaleza del terreno destinado a uso agrícola, ajeno por lo tanto a especial protección; la paralización que tuvo lugar a iniciativa de los acusados, y el conocimiento por parte de la Administración de estos hechos que se produjo por la solicitud de legalización por causa de agrupación lineal; y singularmente el hecho de contar la zona con asfaltado, servicios de luz, agua, recogida de basuras, estando en vías de obtener el alcantarillado que se encuentra a 50 metros, todo lo cual determina la confirmación de la decisión adoptada por el juzgador, consistente en la no demolición.

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2ª) de 12 de mayo de 2015, Sentencia núm. 227/2015, Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando J. Fernández-Espinar López.

3º. La *naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción*, tomando en distinta consideración los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas, etc. Con base a este criterio se valorará la verdadera afectación por la construcción ilegal de los valores ecológicos que han servido para considerar el suelo como no urbanizable, acordando la demolición como regla general en todos los supuestos de suelos que hayan sido declarados de especial protección como los que afecten a espacios ZEPA (Zonas de Especial Protección para las Aves¹⁶), LIC (Lugares de Importancia Comunitaria¹⁷) o similares. Como casos en los que se ha acordado la demolición de la construcción con base a la especial protección del suelo procede citar los siguientes:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª), de 22 de abril de 2016¹⁸, en la que acuerda la demolición por tratarse de una construcción realizada en una zona ZEPA y hallarse integrada físicamente en el monte en los siguientes términos: “De acuerdo con tales variables, estima la Sala que en el caso que se examina no concurren ninguna de las excepciones que permitirían alterar la consecuencia normal del delito, la demolición. En primer término, por la considerable gravedad del hecho atendidos, de un lado, la condición del suelo, dotado de especial protección por tener la consideración de ZEPA, y de otro, la ubicación de la construcción, integrada físicamente en la ladera del monte.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2ª) de 8 de junio de 2012¹⁹ en la que acuerda la demolición de la construcción de una vivienda por haberse realizado sobre un suelo integrado en el entorno de protección del Yacimiento Arqueológico catalogado

¹⁶ Directiva 2009/147/CE relativa a la conservación de las aves silvestres y Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

¹⁷ Directiva del Consejo 92/43/CEE, de 21 de mayo, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª), de 22 de abril de 2016, Sentencia Nº 257/2016, Ponente: D. Álvaro Castaño Penalva.

¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2ª) de 8 de junio de 2012, Sentencia núm. 82/2012, Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Morales Ortega.

como Bien de interés cultural (BIC) estableciendo: “En definitiva, en orden a la ponderación de las circunstancias concurrentes en el supuesto de autos, como la clara cercanía al Yacimiento, tratarse de suelo de especial protección, especial gravedad de la obstinada conducta del acusado, continuando con la construcción pese a tener conciencia clara de su ilegalidad y demás expuestas, se ha de concluir que en el supuesto de autos existe una palpable proporcionalidad en la medida adoptada, debiéndose estimar por ello también el motivo analizado y con él la apelación interpuesta.

Con base a estos criterios jurisprudenciales la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 11 noviembre de 2016 concluye que la *demolición de la construcción ilegal* procederá siempre en los siguientes casos:

A) CUANDO CONSTE PATENTEMENTE QUE LA CONSTRUCCIÓN DE LA OBRA ESTÁ COMPLETAMENTE FUERA DE LA ORDENACIÓN Y NO SEAN LEGALIZABLES O SUBSANABLES.

Como ejemplo se puede citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2ª), de 31 de marzo de 2017²⁰ en la que acuerda la demolición de una vivienda no susceptible de legalización en los siguientes términos:

Apreciada la tipicidad de la conducta, estimamos que la reposición de al ilegalidad apreciada, al ser la obra ejecutada manifiestamente incompatible con la ordenación urbanística y, además, en el presente caso carente de legalización administrativa posterior, de una parte porque la licencia urbanística otorgada lo fue para un almacén agrícola y fue posteriormente anulada y, por otra, porque difi-

²⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2ª), de 31 de marzo de 2017, Sentencia núm. 148/2017, Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Ruiz Pérez.

cilmente la legislación urbanística presenta visos de modificación cuando nos hallamos ante un espacio protegido, catalogado por el Plan Territorial Urbanístico de las Tierras del Ebro como espacio no urbanizable, con la condición de suelo libre permanente.

En el mismo sentido la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 2ª), en Sentencia de 1 julio de 2013²¹, acuerda la demolición de una construcción fuera de ordenación sin tener en consideración la tramitación en curso de una modificación de la normativa urbanística que la pudiera considerar legalizable con el siguiente fundamento:

Tal circunstancia comporta que la edificación de la apelante esté, en el momento presente fuera de ordenación y ello queda constado mediante la prueba practicada y por aplicación al caso de autos de la normativa urbanística. La consecuencia es que el caso estudiado no puede ser considerado como una de aquellas circunstancias excepcionales a las que se refiere la jurisprudencia. Haciendo uso de la terminología de la STS 529/2012 de 21 de junio, ni constituye una “mínima exlimitación respecto de la autorización administrativa”, (ya que esta no existió) ni “ya se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a la norma la edificación o construcción”, puesto que en el momento presente (transcurridos ya más de 4 años desde la edificación) y pese a la promulgación de la normativa a que se refiere el recurso, sigue siendo un incertus el que los terrenos en cuestión puedan ser incorporados como suelo urbano y aun de ser así (por considerarse que la zona en que se halla la parcela encajara en el concepto de asentamiento rural equiparable a suelo urbano según la ley) tampoco habría quedado acreditadas las condiciones en las cuales podrían legalizarse las viviendas por el Ayuntamiento. En este sentido lo que declara la STS de 21 de junio de 2012 como hecho que podría justificar el no acordar la restitución de la legalidad es el cambio efectivo de planeamiento (el “ya haberse modificado los instrumentos de planea-

²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 2ª), de 1 julio de 2013, Sentencia núm. 168/2013, Ponente: Ilmo. Sr. D. Eleonor Moya Rossello.

miento haciendo ajustada a norma la edificación o construcción”) no las meras posibilidades de que ello acaezca. El derecho penal no puede quedar permanentemente a expensas del “ius variandi” administrativo.

B) HAYA EXISTIDO UNA VOLUNTAD REBELDE DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO A LAS ÓRDENES O REQUERIMIENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN.

En relación con esta circunstancia la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7ª) en Sentencia de 16 septiembre de 2016²², acuerda la demolición de la construcción realizada sin licencia por desatender el promotor los requerimientos de paralización de la obra realizados tanto por la Guardia Civil como por Administración de Carreteras, en los siguientes términos:

Lo que quedó claro también es que en su día, y cuando funcionarios de la Guardia Civil efectuaron inspección del lugar ya fueron advertidos de que no continuaran con la construcción (folios 13 a 15, 17 a 20) y ambos reconocieron haber recibido desde una administración (carreteras) aviso para que pararan la obra que ya estaba techada. Fue, según explicó en el juicio el GC NUM000, la existencia de la construcción en zona tan próxima a la carretera de la parcela, lo que llamó la atención de los agentes que sospecharon de la irregularidad de la construcción.

En el mismo orden de cosas se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª), en Sentencia de 19 febrero de 2014²³, en la que se acuerda la demolición por quedar acreditada

²² Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7ª) de 16 septiembre de 2016, Sentencia núm. 362/2016, Ponente: Ilmo. Sr. D. Esperanza Jiménez Mantecón.

²³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª), de 19 febrero de 2014, Sentencia núm. 63/2014, Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Lozano López.

la denegación de licencia y la voluntad rebelde de incumplimiento de la orden de paralización del promotor de la obra en los siguientes términos:

Finalmente, el Ministerio Fiscal interesa que, al amparo de lo que autoriza el art. 319.3 del Código Penal, se acuerde la demolición de lo construido. Igualmente, solicita que el acusado reponga económicamente el coste de la demolición tasado en 4.734,06 €. La STS 529/2012, de 21 de junio, dice que la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad de rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración y en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial. En este caso, concurren los dos primeros criterios: la construcción, en ningún caso, es legalizable (informe que obra a los folios 112 a 116), y consta denegación de licencia. También consta la voluntad rebelde de incumplimiento de la normativa urbanística, habiéndose ordenado la paralización de la obra, sin que el acusado le haya hecho caso. En consecuencia, procede acordar lo interesado.

C) CUANDO AL DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO SE AÑADA UN DELITO DE DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA O JUDICIAL.

En este sentido puede citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª), de 9 diciembre de 2016²⁴, en la que acuerda la demolición por apreciar la existencia de Atentado con-

²⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª), de 9 diciembre 2016, Sentencia núm. 579/2015, Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Izquierdo Martín.

tra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y resistencia y desobediencia, al haberse desobedecido por el promotor de la obra los reiterados requerimientos realizados de forma personal para paralizar las obras, incluyendo un precinto de la misma, llevando a cabo actos de oposición persistentes y reiterados, en los siguientes términos:

el incumplimiento de los sucesivos requerimientos que le fueron efectuados y que también estimamos acreditados por el testimonio del Arquitecto Técnico y Funcionario de la Policía Local que los llevaron a efecto, así como de la documental ratificada también en el plenario, sin que de lo actuado, no habiéndose practicado tampoco nueva prueba en este alzada que los contradiga, podamos considerar injustificada su valoración al haberse producido por parte del acusado actos de oposición persistentes y reiterados.

Asimismo, la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2ª), en la Sentencia de 3 julio de 2014²⁵, acuerda la demolición por concurrir el delito sobre la ordenación del territorio con una falta de desobediencia declarando:

Además la propia jurisprudencia reseñada establece que la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración y en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial, lo cual acontece en el caso de autos en donde el acusado continuó con la obra pese a la denegación de la licencia y la paralización

²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2ª), de 3 de julio de 2014, Sentencia núm. 161/2014, Ponente: Ilmo. Sr. D Saturnino Regidor Martínez.

administrativa de la misma, habiendo sido igualmente condenado por estos hechos como autor de una falta de desobediencia.

En síntesis, el criterio del Tribunal Supremo en orden a la demolición de las construcciones ilegales en los supuestos de delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, en su condición de instancia judicial superior en todos los órdenes, es el de acordar la demolición de lo ilegalmente construido en todos los casos, sin tener en consideración la existencia de otras construcciones similares en la zona, con el fin de no dar apariencia de legalidad a edificaciones que no cumplen con la normativa urbanística que pueda inducir a error a terceros adquirentes de las mismas.

A pesar del criterio seguido por el Tribunal Supremo proclive a la demolición de las construcciones ilegales, la doctrina de las Audiencias Provinciales en España en relación con la demolición de las obras ilegales no es unánime, mientras algunas acuerdan la demolición en todos los casos otras dando preferencia al criterio material del bien jurídico protegido, aprecian la inexistencia de delito aún en supuestos en los que se dan todos los elementos del tipo, por considerar que la conducta no constituye un atentado grave contra la ordenación del territorio y del urbanismo.

La Audiencia Provincial de Murcia como regla general no acuerda la demolición de lo ilegalmente construido con base a criterios tales como la existencia de otras construcciones similares en la zona, que el lugar en el que se ejecuta la construcción se trate de una zona consolidada con servicios básicos de agua, electricidad y alcantarillado, que cuente con acceso rodado o que esté próxima a camino principal, que no afecte a viales, ni a bienes de dominio público, ni a zonas de valor artístico o histórico ni de protección especial, etc. derivando a la Administración en estos supuestos la responsabilidad de acordar la demolición y hacer que la misma se cumpla. Como excepción cabe citar aquellos supuestos en los que las construcciones afecten a espacios naturales protegidos en cuyo caso se ordena la demolición de las obras en la sentencia. Así en la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección

2ª) de 27 de septiembre de 2016²⁶, no se acuerda la demolición de la construcción realizada sin licencia con fundamento en la insuficiente gravedad del hecho para justificar la demolición por hallarse la edificación enclavada en una zona ubicada en un desarrollado núcleo poblacional consolidado, con calles asfaltadas, alcantarillado, servicio de recogida de basuras y de suministro de agua y luz eléctrica, recaudando la propia Administración local los impuestos derivados de dicha construcción, lo que se recoge en los siguientes términos literales:

a diferencia de lo que sucedía en la resolución del Alto tribunal, no se aprecia aquí un antijuridicidad intensa en la conducta del acusado que lejos de alzarse en abierto desafío contra las órdenes de la inmediata paralización, las acató sin vacilaciones. A ello ha de agregarse que se trata de terrenos sometidos a tributación, edificación enclavada en una zona dotada por la propia corporación municipal de calles asfaltadas, alcantarillado, servicio de recogida de basuras y de suministro de agua y luz eléctrica”, sin que pueda soslayarse que la construcción se encuentra ubicada en un desarrollado núcleo poblacional consolidado, recaudando la propia Administración local los impuestos derivados de dicha construcción, tal como acredita la documental aportada unida al folio 116 de la causa, expresiva de la liquidación del Impuesto sobre bienes inmuebles de naturaleza urbana, correspondiente a la Agencia municipal tributaria del Ayuntamiento de Murcia.

IV. PROBLEMÁTICA SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA ORDEN DE DEMOLICIÓN

Lo verdaderamente trascendente para que la protección de la ordenación urbanística y del territorio, así como del medio am-

²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2ª) de 27 de septiembre de 2016, Sentencia núm. 463/2016, Ponente: Ilmo. Sr. D Jaime Bardaji García.

biente y del derecho al paisaje sea real y efectiva es la garantía del cumplimiento riguroso de las órdenes de demolición acordadas bien por la autoridad administrativa o bien por el juez penal.

Por lo que respecta a los acuerdos de restablecimiento de la legalidad adoptados por la Administración dentro de la pieza separada que se tramita como consecuencia del procedimiento sancionador por infracción urbanística, lo cierto es que en la mayoría de los casos resultan inanes, debido a que el Ayuntamiento se limita a la ejecución forzosa únicamente de la sanción económica mediante el apremio sobre el patrimonio del infractor, sin que por el contrario proceda a la ejecución subsidiaria de la demolición de la construcción ilegal. Así, como regla general se puede afirmar que en los únicos casos en los que la Administración procede a la demolición de las construcciones realizadas sin licencia es en aquellos en los que exista un tercero interesado que inste el procedimiento de ejecución subsidiaria, para que se proceda a la demolición por parte de la Administración a costa del infractor y, aún en estos casos, al tratarse de procedimientos en los que el coste económico de la demolición tiene que ser sufragado por el Ayuntamiento para después repercutirlo sobre el responsable de la infracción, lo cierto es que la insuficiencia de medios económicos de las arcas municipales, hace que dichos procedimientos se demoren en exceso hasta que se declara la caducidad de los mimos, dando lugar en último extremo a la prescripción de la potestad administrativa de restablecimiento de la legalidad.

En el caso de la región de Murcia, la última modificación legislativa operada en la materia no hace albergar grandes esperanzas sobre la efectividad de la demolición de las construcciones ilegales, ya que reduce en 5 años el plazo para la ejecución de las órdenes de restablecimiento de la legalidad. Así, la vigente Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia, en su Artículo 278²⁷ establece que el plazo

²⁷ Artículo 278 Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia: *“El plazo máximo para el cumplimiento de las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística será de diez años*

máximo para el cumplimiento de las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística será de diez años desde que sea firme la orden de demolición, en contraposición a lo establecido en la regulación anterior que establecía un plazo de 15 años, en el Art. 246.8 del Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia²⁸ (Vigente hasta el 06 de Mayo de 2015).

Así las cosas, nos encontramos con que la Administración en la inmensa mayoría de los casos no ejecuta las órdenes de demolición acordadas por ella misma en los procedimientos sancionadores administrativos, bien sea por insuficiencia de medios económicos, bien por motivos de oportunidad política, ya que no cabe obviar la impopularidad que conlleva privar de una vivienda a un ciudadano. Esta circunstancia anómala ya fue puesta de manifiesto hace años por la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 2ª), en la Sentencia de 23 mayo de 2008²⁹, recaída en el conocido como “*Caso Andratx*” por la que se condenó a varios miembros de la corporación municipal por delito de prevaricación urbanística cometido en relación con la casa del Alcalde, estableciendo a este respecto:

Si hubo un dato especialmente llamativo, resultado de la prueba practicada, fue el de que en los últimos años, ningún expediente de demolición ha sido tramitado hasta su terminación en el Ayuntamiento de Andratx, lo que remite de inmediato a una sen-

contados a partir de que adquiera firmeza el acto administrativo que las acuerde. Transcurrido este plazo, se aplicará a las instalaciones, construcciones o edificaciones lo dispuesto en esta ley para la situación de fuera de ordenación.”

²⁸ Artículo 246.8 Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia: “*La Administración deberá proceder a la ejecución de las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística en el plazo de quince años desde que sea firme el acto que las ordena.*”

²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 2ª) de 23 mayo de 2008, Sentencia núm. 28/2008, Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Pedro Yllanes Suárez.

sación de impunidad en lo relativo a la infracción urbanística que debe ser motivo de especial preocupación, en un territorio marcado por la insularidad, con lo que de grave riesgo supone para un suelo ya sobreexplotado y que soporta una creciente presión humana, al tratarse de una sociedad económicamente poderosa y en continuo crecimiento demográfico, lo que obliga a extremar, así lo entendemos, el celo y la precaución.

No obstante, debe ponerse de manifiesto que la inactividad de la Administración al no ejecutar las órdenes de demolición puede conllevar su responsabilidad civil patrimonial e incluso responsabilidad penal, pudiendo constituir dichas conducta distintos tipos penales tales como omisión del deber de perseguir delitos, prevaricación urbanística por omisión, etc.

Como ejemplo de responsabilidad patrimonial de la Administración por la demora en la demolición de una construcción ilegal se puede citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 19 de julio de 2016³⁰, en la que se reconoce el derecho de los administrados perjudicados por la no demolición a ser indemnizados en los siguientes términos:

debiendo aceptar y tener por probado que ha sufrido un daño moral por causa de esa actividad, que no tenía obligación de soportar, éste no puede valorarse con arreglo al precio del arriendo de otra vivienda, sino que debe valorarse prudentemente, como daño moral, en atención a las molestias que se le han causado, la pasividad del Ayuntamiento y al largo tiempo durante el que se ha prolongado tal situación, en una cuantía de 600 euros por año desde la fecha de la primera denuncia, el 1º de junio de 2007, hasta el derribo de lo construido sin licencia e ilegalizable y el cese y clausura de la actividad desarrollada sin licencia.

³⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 19 de julio de 2016, Sentencia núm. 592/2016. Ponente: Illma. Sra. Isabel Hernández Pascual.

Por lo que se refiere a la responsabilidad penal de la Administración por omisión del deber de perseguir delitos se puede citar la Sentencia Audiencia Provincial de Almería (Sección 2ª) de 22 mayo de 2012³¹ en la que se condena al Alcalde del municipio por su inactividad ante la ejecución de una construcción ilegal declarando:

Del expresado delito de omisión del deber de perseguir delitos es responsable criminalmente en concepto de autor el acusado Geronimo, por haber tomado parte directa, material y voluntaria en su ejecución de acuerdo con el art. 28 CP Las pruebas practicadas han puesto de manifiesto que el acusado, Alcalde de la localidad de Cantoria y obligado por disposición legal (arts. 181 y 186 LOUA) a ordenar la inmediata suspensión de las obras o el cese del acto o uso en curso de ejecución de aquellas parcelaciones urbanísticas, transformación o uso del suelo, que estando sujetos a cualquier tipo de autorización o licencia urbanística previa, se lleven a cabo, sin dicha aprobación o licencia, no cumplió con el mandato legal, dejando sin ordenar la paralización de las obras, la incoación de procedimiento sancionador y el restablecimiento del orden perturbado.

Asimismo, la inactividad de la Administración en relación con la ejecución de las órdenes de demolición puede conllevar responsabilidad penal por el delito de prevaricación urbanística por omisión. A este respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo de manera reiterada admitiendo la prevaricación por omisión en los supuestos de inactividad de los miembros de la corporación municipal frente a ilícitos administrativos pudiendo citar la Sen-

³¹ Sentencia Audiencia Provincial de Almería (Sección 2ª) de 22 mayo de 2012, Sentencia núm. 184/2012, Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón.

tencia de Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 22 de abril de 2015³² en la que establece:

Esta cuestión ha sido abordada varias veces por la jurisprudencia de esta Sala sobre todo a partir del Pleno no Jurisdiccional de 30 de Junio de 1997, que resolviendo discrepancias existentes al respecto, así lo entendió, se pronunció en el sentido de que la prevaricación recogida en el art. 404 del Código Penal puede ser cometida por omisión.

Otras sentencias han confirmado esta modalidad de la prevaricación administrativa, y así:

a) La STS de 5 de Enero de 2001 declara que la decisión de no actuar supone una infracción de un deber activo, que constituye prevaricación por omisión.

b) La STS 1093/2006 condenó como prevaricación por omisión la no convocatoria del Pleno Municipal que reiteradamente se le había solicitado.

c) La STS 731/2012 que estima en lo referente al dictado de resolución prevaricadora, la omisión de resolución cuando existe la obligación de actuar por lo que la omisión de la misma viene a equivaler a una resolución presunta.

d) La STS 787/2013 de 23 de Octubre reconoce que esta Sala ha admitido la prevaricación omisiva en aquellos casos concretos en los que era imperativo para el funcionario o autoridad concernida adoptar una resolución ya que su omisión equivale a una denegación.

Ahondando en el asunto, para el caso de que la vulneración del ordenamiento urbanístico sea constitutiva de delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, como ya se ha indicado anteriormente nos encontramos con que algunas de nuestras Audiencias Provinciales a pesar de apreciar la existencia de delito ur-

³² Sentencia de Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 22 de abril de 2015, Sentencia núm. 244/2015, Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García.

banístico en sus fallos no se pronuncian sobre la demolición de lo ilegalmente construido, derivando dicha competencia al Ayuntamiento correspondiente por tratarse de una cuestión de naturaleza civil. Esta inhibición del juez penal a favor de la Administración es ajustada a Derecho por estar reconocida en el en el Artículo 56 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana que en relación con las “*Infracciones constitutivas de delito*” establece: “La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción.”

Cosa distinta es la que se está dando en la actualidad en aquellos casos en los que algunos juzgados penales acuerdan en sus fallos la condena a la demolición de lo ilegalmente construido pero remiten la ejecución de dicho restablecimiento de la legalidad infringida a los Ayuntamientos. Conviene analizar si esta derivación del ejercicio de las competencias para la ejecución de la condena de demolición realizada por la autoridad judicial a la Administración infringe los deberes constitucionales establecidos en el Artículo 117 de la Constitución Española³³, precepto según el cual la función propia y exclusiva de los Juzgados y Tribunales es “*el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*”. Esta previsión se contiene igualmente en el Artículo 2.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial³⁴.

El Tribunal Constitucional ha declarado de manera reiterada la necesidad de que los jueces ejecuten las sentencias por formar parte la ejecución del derecho fundamental a la tutela judicial

³³ Artículo 117.3 CE: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

³⁴ Artículo 2.1 LOPJ: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las Leyes y en los tratados internacionales.”

efectiva, en este sentido en la Sentencia de 28 octubre de 1987³⁵ establece:

Desde la STC 32/1982, de 7 de junio hasta la más reciente STC 125/1987, de 15 de julio, es doctrina consolidada de este Tribunal que la ejecución de las Sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna. De ahí que el Tribunal se haya ocupado de destacar el lugar central que el respeto a los fallos judiciales y su efectivo cumplimiento por los poderes públicos ocupa en un Estado de Derecho como el que la Constitución proclama en su art. 1, advirtiendo a este propósito que cualquier eventual infracción del deber de cumplir las Sentencias y resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales (art. 118 de la Constitución) no puede redundar en ningún caso en una pérdida de la efectividad de las mismas (STC 67/1984, de 7 de junio). La titularidad de la potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los propios órganos judiciales como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la Constitución les ha conferido en su art. 117.3.

La doctrina constitucional sobre la necesidad de la ejecución de las sentencias judiciales como garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ha sido asumida por nuestro más alto tribunal en numerosas sentencias, pudiendo citar por su especial relevancia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 5 abril 2001³⁶, de la que pueden extractarse las siguientes máximas jurídicas:

³⁵ Sentencia Tribunal Constitucional, de 28 de octubre de 1987, Sentencia núm. 167/1987, Ponente: Don Jesús Leguina Villa.

³⁶ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 5 de abril de 2001, Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil.

1) El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el Artículo 24.1 de la CE comprende el que el fallo judicial se cumpla. Ya que como declara la citada sentencia “*lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en meras declaraciones de intenciones*” (STC 176/1985³⁷).

2) El principio de exclusividad jurisdiccional reconocido en el Artículo 117.3 de la CE conlleva que la competencia para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales, por lo que es de su exclusiva competencia la ejecución de todos los pronunciamientos contenidos en las sentencias firmes por ellos dictadas (Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 7 junio de 1984³⁸).

3) El principio de obligatoriedad de cumplimiento de las sentencias firmes y de prestar la colaboración requerida por los jueces en la ejecución de lo resuelto reconocido en el Artículo 118 de la CE, no atribuye a la Administración potestad alguna para la ejecución de las sentencias teniendo ésta únicamente la función de cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal competente en el seno del proceso de ejecución del fallo.

4) La infracción por la Administración del deber de colaboración en la ejecución de las puede ser calificada como desobediencia punible (Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 26 de noviembre de 1984³⁹).

5) La demora excesiva e injustificada en la adopción por el órgano judicial de las medidas oportunas para llevar a efecto la sentencia vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un pro-

³⁷ Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 17 de diciembre de 1985, Sentencia núm. 176/1985, Ponente: Don Ángel Latorre Segura.

³⁸ Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 7 de junio de 1984, Sentencia núm. 67/1984, Ponente: Don Rafael Gómez-Ferrer Morant.

³⁹ Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 26 de noviembre de 1984, Sentencia núm. 109/1984, Ponente: Don Rafael Gómez-Ferrer Morant.

ceso sin dilaciones indebidas establecido en el Art. 24.2 de la CE. (Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de abril de 1983⁴⁰).

6) El principio de la inalterabilidad de las resoluciones judiciales firmes derivado del principio de seguridad jurídica consagrado en el Artículo 9.3 de la CE, garantiza a quienes han sido parte en el proceso que las resoluciones judiciales firmes no sean alteradas o modificadas al margen de los cauces legales previstos (Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de diciembre de 1991⁴¹).

7) El derecho a la ejecución de la sentencia más allá de ser un derecho del particular interesado en la ejecución es una exigencia de un esencial interés público como fundamento del Estado de Derecho que demanda que se cumplan las sentencias de los Tribunales en sus propios términos.

8) La ejecución de la sentencia procediendo a la demolición de lo ilegalmente construido será obligatoria aún cuando a posteriori se haya producido una modificación del planeamiento urbanístico que legalice dicha construcción si dicha modificación se ha producido con la finalidad de eludir la ejecución de una sentencia, sin perjuicio de las responsabilidades en que por esta conducta haya incurrido la Administración.

Así las cosas, son los jueces las autoridades competentes para velar por el cumplimiento riguroso de las condenas de demolición por ellos impuestas en sus sentencias firmes, aunque para ello puedan recabar el auxilio de la Administración, en especial el de los Ayuntamientos en cuyo término municipal se encuentren las edificaciones a demoler. En este caso, los responsables municipales no pueden oponerse a dicha demolición ya que ello conllevaría su responsabilidad penal por delito de usurpación de atribuciones judiciales.

⁴⁰ Sentencia Tribunal Constitucional de 13 de abril de 1983, Sentencia núm. 26/1983, Ponente: Don Francisco Rubio Llorente.

⁴¹ Sentencia Tribunal Constitucional, de 10 de diciembre de 1991, Sentencia núm. 231/1991, Ponente: Don Eugenio Díaz Eimil.

En este sentido se puede citar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 14 de marzo de 2006⁴² en la que se condena al alcalde que impide la ejecución de una orden de paralización y demolición de las obras ilegalmente ejecutada como autor de un delito de usurpación de atribuciones judiciales, en los siguientes términos:

El delito de usurpación de atribuciones judiciales del art. 408, y del que existe poca jurisprudencia como con acierto se reconoce en el F.J. cuarto, página 31 de la sentencia sometida al presente control casacional, describe las acciones que atentan contra el poder judicial, bien bajo la forma de ejercicio de competencias propias de los Jueces o Tribunales por autoridad o funcionario público situado extramuros del poder judicial, o bien bajo la fórmula de obstrucción al ejercicio de la potestad judicial. Se trata de delito de sujeto propio y que sólo cabe en su modalidad dolosa. En la modalidad de obstrucción al ejercicio de la potestad jurisdiccional, que es por lo que se ha condenado al recurrente se integra por la obstaculización, por cualquier medio, con la ejecución de sentencia, auto o providencia independientemente de que sea o no firme. El único límite se encontraría en aquellas resoluciones judiciales que supongan una flagrante transgresión de las más elementales normas o derechos – STS de 1 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1023).

V. CONCLUSIONES

Primera. La tipificación penal de los ilícitos urbanísticos llevada a cabo por el Código Penal de 1995 no ha conseguido los fines de prevención general pretendidos, ya que las construcciones ilegales

⁴² Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 14 de marzo de 2006, Sentencia núm. 312/2006, Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Giménez García.

siguen proliferando sin que la Administración ni los jueces exijan la efectiva demolición de las mismas.

Segunda. El Código Penal al regular de una manera tan vaga e imprecisa la demolición de las construcciones ilegales ha generado una grave inseguridad jurídica existiendo jurisprudencia contradictoria de las distintas Audiencias Provinciales sobre los supuestos en los que se debe proceder a la demolición de lo construido sin licencia.

Tercera. Sería conveniente de “*lege ferenda*” la fijación de unos criterios uniformes que establezcan los casos en los que debe acordarse la demolición por los tribunales para evitar el efecto llamada para la realización de construcciones ilegales hacia aquellas zonas en las que las Audiencias Provinciales son más permisivas.

Cuarta. Los criterios para acordar la demolición deberán ser acordes a la racionalidad, estableciendo la procedencia de aquella en los supuestos en los que la construcción suponga un verdadero atentado contra la ordenación del territorio y el medio natural, no acordándose por el contrario en los casos en que a pesar de ser suelo clasificado como no urbanizable se trate de un núcleo urbano “*de facto*”.

Quinta. La demolición acordada bien por la Administración, bien por el juez penal, debe ejecutarse efectivamente para evitar que la misma quede en un simple papel mojado que incentive la ejecución de las construcciones ilegales, contribuyendo a la creencia generalizada en la opinión pública de que la única consecuencia perjudicial que conlleva la obra ilegal es el pago de una multa, pero no la demolición de lo edificado sin licencia.

Sexta. La Administración con carácter general no ejecuta las órdenes de restablecimiento de la legalidad por ella acordadas, bien por insuficiencia de medios económicos o por la impopularidad que conlleva una repercusión directa en los resultados electorales.

Séptima. Se debería incrementar la inspección sobre las corporaciones municipales para garantizar la ejecución de la demolición de las construcciones ilegales, exigiendo en su caso las responsabilidades patrimoniales y penales que procedan a las autoridades y funcionarios públicos por su inactividad.

Octava. Los jueces penales tienen la obligación de ejecutar las condenas de demolición por tener competencia exclusiva para ello, debiendo garantizar la ejecución de la sentencia en sus propios términos por ser parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, aún más, por el superior interés público en su condición de garantía inherente al Estado de Derecho.

Novena. Se hace necesario que los jueces penales velen de modo riguroso por la ejecución de las condenas de demolición obligando al condenado a realizar todas las actuaciones de restablecimiento de la legalidad concediéndole para ello un plazo no muy amplio (3 meses aproximadamente sería un plazo razonable) y comprobando físicamente que la obra haya sido demolida.

Décima. El juez penal dispone de medios más eficaces que la Administración para compeler al condenado a la ejecución de la demolición mediante el apercibimiento de la incoación de diligencias por delito de quebrantamiento de condena que puede conllevar pena privativa de libertad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, *Delitos urbanísticos*, Barcelona, Bosch, 1997.
BOIX REIG, J., GARCÍA RIVAS, N., JUANATEY DORADO, C. y JAREÑO LEAL, A., *Derecho Penal. Parte Especial, Volumen I. La Protección Penal de los Intereses Jurídicos Personales*, Iustel, Diciembre 2010.

- CANO CAMPOS, T., "Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador", *Revista de Administración Pública*, núm. 156, septiembre-diciembre, 2001.
- CLAUS ROXIN, *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Editorial Reus, enero, 1976.
- DE VEGA RUIZ, J.A., "Delitos contra: el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna, en el Código penal de 1995", 1996, Constitución y Leyes.
- DÍAZ MANZANERA, J. L., "El delito urbanístico en la jurisprudencia reciente", *La Ley Penal*, núm. 50, junio 2008, La ley.
- ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia. Colección Estudios y Comentarios Legislación*, 4ª ed., Civitas, Madrid 2011.
- GÓMEZ RIVERO, *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GÓRRIZ ROYO, *Protección penal de la ordenación del territorio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.
- GÓMEZ TOMILLO, M., SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, 4ª ed., Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2017.
- JUDEL PRIETO A., PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R. SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coord.), *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. Colección Tratados y Manuales*, 6ª ed., Civitas. Madrid 2011.
- LAUREL CUADRADO, M.C., VILLEGAS GARCÍA M.A., MORENO SANTAMARÍA, ENCINAR DEL POZO M.A., SAAVEDRA RUIZ, J., Crónicas TS (sala 2ª) año 2012-2013, Delitos contra la ordenación del Territorio.
- LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 1996.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Delitos sobre la ordenación del territorio. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., *Los delitos sobre ordenación del territorio. La responsabilidad penal de la Administración urbanística*, Actualidad Penal, 1997.
- PAREDES CASTAÑÓN, “Los delitos sobre la ordenación del territorio”, en *Revista Quincenal de Sentencias*, Pamplona, núm. 8, 2000.
- POZUELO PÉREZ, L., “Notas sobre la denominada ‘expansión del derecho penal’: un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm.15, 2006, pp. 167-196.
- Revista Actualidad Jurídica de Uría & Menéndez*, núm. 2, 2002.
- SANTOS DIEZ, R., CASTELAO RODRÍGUEZ, J., *Los delitos contra la ordenación del territorio», Derecho Urbanístico. Manual para Juristas y Técnicos*, 7ª ed., Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, “¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo CP español”, AP, núm. 23, 1998.