

JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN MURCIA

SANTIAGO M. ÁLVAREZ CARREÑO

Profesor titular de Derecho Administrativo

Universidad de Murcia

EDUARDO SALAZAR ORTUÑO

Profesor asociado de Derecho Administrativo

Universidad de Murcia

—

Abogado

Sumario: 1. El caso de la Marina de Cope: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia (TSJRM) de 31 de mayo de 2013 (recurso 983/2004). 2. Actividad sancionadora de la Confederación Hidrográfica del Segura (CHS). 3. El empleo del procedimiento para la defensa de los derechos fundamentales para la defensa del derecho a un medio ambiente sano. 4. Vigencia del RAMINP en la Región de Murcia. 5. Delitos urbanísticos y orden de demolición de viviendas ilegales en la Huerta tradicional murciana.

El primer semestre de 2013 en los tribunales de la Región de Murcia, especialmente en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, vuelve a ser un crisol de cuestiones jurídicas ambientales presentes en el día a día de la gestión del entorno en el ámbito espacial murciano, si bien con cuestiones que pudieran tener cierto interés estatal por tratarse de iniciativas replicables.

Junto al habitual control jurisdiccional de las decisiones en materia sancionadora de la Confederación Hidrográfica del Segura, especialmente en materia de vertidos pero también por alumbramiento de aguas subterráneas y ampliación de regadíos, se han dictado resoluciones judiciales relevantes en relación con el procedimiento de derechos fundamentales aplicado a la materia ambiental, a la aplicabilidad del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (RAMINP) en la Región de Murcia, a la protección de espacios naturales y a delitos urbanísticos.

Como continuación a casos judiciales referidos en crónicas anteriores de la revista (véase segundo semestre de 2012), destacaremos la Sentencia que anula la Actuación de Interés Regional de Marina de Cope como consecuencia directa de la Sentencia del Tribunal Constitucional que derogó la variación de límites de los espacios naturales operada por la Ley del Suelo de la Región de Murcia.

1. El caso de la Marina de Cope: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia (TSJRM) de 31 de mayo de 2013 (recurso 983/2004)

La presente resolución judicial, con gran eco en los medios regionales, avanza en el desenlace de uno de los conflictos ambientales más importantes de la política territorial de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y de uno de los proyectos gubernamentales más ambiciosos: la Actuación de Interés Regional (AIR) de Marina de Cope. Se muestra, además, como uno de los primeros casos de planeamiento urbanístico en los que se han manifestado los efectos de la derogación por parte del Tribunal Constitucional de la disposición adicional octava de la Ley del Suelo de la Región de

Murcia¹, que redelimitó los espacios naturales protegidos regionales mediante su “ajuste” a los límites de los lugares de importancia comunitaria propuestos para la red Natura 2000. En efecto, la “redelimitación” operada ha facilitado la propuesta de iniciativas urbanísticas en espacios naturales como los parques regionales de Carrascoy-El Valle y Calblanque y Monte de las Cenizas, que actualmente se resuelven en sede jurisdiccional y que se ven influenciadas por la anulación de la citada disposición adicional.

La Sentencia, de composición simple y escaso valor intrínseco, se limita a recoger las pretensiones de la parte recurrente —una asociación cívica para la protección del litoral— en su demanda y de la Administración recurrida, similares a las del resto de codemandados. Posteriormente, la resolución judicial fundamenta la estimación de la demanda en la “influencia decisiva” de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la delimitación de la AIR, que queda “sin valor alguno”. Basa la anulación de la AIR en la inseguridad jurídica declarada por la resolución del Alto Tribunal, sin acoger las tesis de codemandantes como el Consorcio Marina de Cope o una asociación colaboradora de propietarios del área que afirmaban la posibilidad de coexistencia de la Sentencia del TC con el desarrollo de la AIR. De la referencia a los motivos de impugnación de la demanda se desprende la respuesta parcial a tales tesis, que cuestionaban tanto el “interés regional” de la actuación urbanística como la ausencia de una evaluación de los impactos ambientales adecuada.

El desenlace del caso aún mantiene un componente judicial, dada la impugnación ante el propio TSJ de las modificaciones puntuales de los planes generales municipales de ordenación de los municipios de Águilas y Lorca, que pueden seguir un destino similar al de la AIR de Marina de Cope, en lógico descenso en cascada de los efectos de la Sentencia del TC citada.

2. Actividad sancionadora de la Confederación Hidrográfica del Segura (CHS)

De entre la serie de sentencias del TSJ dedicadas a analizar la corrección de la actividad sancionadora de la CHS, destacan el análisis reiterado sobre la cuestión de la tipicidad de las conductas y su incardinación en los tipos sancionadores de la Ley de Aguas, así como la actividad probatoria necesaria por parte de la Administración hidrológica,

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 234/2012, de 13 de diciembre (BOE de 11 de enero de 2013).

objeto ambas cuestiones de reiterada jurisprudencia menor de la Sala de lo Contencioso y presentes en nuestros comentarios, ambas como evidencia de la deficiente capacidad sancionadora del organismo de cuenca y de la disfunción en el principio de “quien contamina, paga”.

Así, la Sentencia del TSJRM 115/2013, de 18 de febrero (recurso 398/2008), referida a los vertidos sin depurar desde la EDAR de Águilas, gestionada por una empresa privada, remitiéndose a la número 226/07, de 23 de junio, y a la 545/06, de 23 de junio, declara que, de acuerdo con los preceptos aplicables de la Ley de Aguas —artículo 100 y 116.3 letra f) del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de junio—, “es esencial que el vertido para que sea constitutivo de infracción sea susceptible de contaminar *lo que significa la obligación de la Administración (que en materia sancionadora tiene la carga de la prueba) de probar el grado de contaminación ocasionado sobre los terrenos o a las aguas subterráneas o la degradación del entorno etc...* Estos elementos sin embargo no están probados pues la Administración se limita a recoger los datos de la denuncia formulada por la guardería fluvial no obstante no constituir una base suficiente para entender cometida la infracción. No basta con comprobar la existencia del vertido si no se analiza el mismo y el terreno y se comprueba que es susceptible de contaminar”. Este motivo de anulación del procedimiento sancionador vuelve a ser estimado por la Sala del TSJRM en la Sentencia 525/2013, de 24 de junio (recurso 516/2009), en relación con un vertido de purines en el municipio de Totana.

En la Sentencia 228/2013, de 22 de marzo (recurso 262/2008), referida a un vertido desde una industria papelera presente en numerosos asuntos relacionados con vertidos, el TSJ descarga a la Administración hidrológica de la cuantificación de los daños al dominio público hidráulico en relación con las sanciones leves por cuanto “en este caso la prohibición incumplida es la contenida en el artículo 97 del TR de la Ley de Aguas que prohíbe, con carácter general, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 100, toda actividad susceptible de provocar la contaminación o degradación del dominio público hidráulico, no exigiendo el tipo que se pruebe la existencia o producción de daños al dominio público, bastando que la actividad sea potencialmente contaminante o degradante, lo que está sobradamente acreditado en los expedientes administrativos”. Similar argumentación es asumida por la Sentencia 249/2013, de 27 de marzo (recurso 84/2009), que se ocupa de un vertido realizado a una rambla desde una EDAR municipal abandonada gestionada por una empresa privada. Esta última resolución

judicial, en relación con el principio de culpabilidad, permite la imputación y funda la responsabilidad del Ayuntamiento de Jumilla sobre la base de las competencias señaladas en el artículo 25.2. letra l) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, referidas al saneamiento de aguas residuales, en relación con el artículo 26, y todo ello con cita de la exposición de motivos y el artículo 4.1 de la Ley 3/2000, de 12 de julio, de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales de la Región de Murcia e Implantación del Canon de Saneamiento, aunque también hace referencia a que se desconoce el clausulado del contrato de la empresa privada que gestiona la depuradora.

El mismo fundamento acerca de la no exigencia de acreditación del daño, sino del riesgo —a semejanza de los tipos penales ambientales—, se recoge en la Sentencia 40/2013, de 25 de enero (recurso 171/2008). A su vez, el TSJRM reitera la competencia de la CHS en las zonas de huerta por tratarse de aguas superficiales, “con independencia de la naturaleza del cauce a través del cual se produzca la emisión”, todo ello en relación con el artículo 245 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico², y especifica que las infracciones de vertidos no son “instantáneas”, sino “continuadas”, por lo que es complejo aplicar el instituto de la prescripción de los hechos.

La Sentencia 476/2013, de 10 de junio (recurso 450/2009), se refiere a un supuesto de ampliación antijurídica de regadíos por una empresa agrícola en El Algar (Cartagena) y, concretamente, a la aplicación del principio de tipicidad en relación con una práctica por desgracia usual en la agricultura. La Sentencia aclara cuál es la infracción cometida y descarta, remitiéndose a sentencias previas (Sentencia 183/2008, de 25 de febrero, dictada en el recurso 3.055/2003; Sentencia 313/2009, de 8 de abril, dictada en el recurso 156/2005; y Sentencia 539/2009, de 19 de junio, entre otras), la remisión al tipo sancionador del artículo 116.3. letra b), pues los hechos no suponen una derivación de agua de sus cauces ni un alumbramiento de aguas subterráneas, sino simplemente una ampliación de regadíos no autorizada (Sentencia 552/2007, de 26 de junio, recurso 2715/2003, seguido entre las mismas partes). Tampoco puede utilizarse el tipo del

² Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico que desarrolla los títulos preliminar, I, IV, V, VI, VII y VIII del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio. Artículo 245: “son vertidos indirectos tanto los realizados en aguas superficiales a través de azarbes, redes de colectores de recogida de aguas residuales o de aguas pluviales o por cualquier otro medio de desagüe, o a cualquier otro elemento del dominio público hidráulico, así como los realizados en aguas subterráneas mediante filtración a través del suelo o del subsuelo”.

artículo 116.3 letra a) de la Ley de Aguas, pues este precepto considera infracción las acciones que causen daños a los bienes de dominio público hidráulico y a las obras hidráulicas: “es evidente que aunque se hayan valorado los daños causados al dominio público los hechos tampoco están tipificados de forma directa y concreta en este precepto (el riego de cítricos no está encaminado a causar tales daños)”. El TSJ respalda la subsunción realizada por la CHS en la sanción que penaliza el incumplimiento de las prohibiciones establecidas en la Ley de Aguas o la omisión de los actos a que obliga (artículo 116.3 letra g de la Ley de Aguas), en este asunto en relación con el artículo 59 de la Ley de Aguas, citado en las actuaciones administrativas previas. Dicho precepto señala que todo uso privativo de las aguas no incluido en el artículo 54 requiere concesión administrativa: “[...] en este caso las pruebas han demostrado que la actora, arrendataria de la finca, ha utilizado las aguas (denuncia que dio inicio al primer expediente abierto contra las propietarias de la fincas e informe emitido posteriormente por el Área de Gestión de Servicio Público Hidráulico de 23-7-2007), para regar una superficie que no estaba incluida dentro del perímetro de las concesiones de aguas residuales para riego, al haber aumentado la superficie regable y en consecuencia ha infringido el referido precepto, al haber llevado a cabo la referida conducta sin estar amparada por la oportuna concesión”.

Por último, la Sentencia 214/2013, de 18 de marzo (recurso 568/2008), se ocupa de la denegación de un aprovechamiento de aguas subterráneas inferior a 7.000 metros cúbicos para el riego de una plantación de 16.000 palmeras en Fortuna y analiza la corrección de aquella por parte de la Administración hidrológica. Partiendo de la obligación constitucional de la utilización racional de los recursos naturales, el TSJ refiere a su vez el artículo 50.4 de la Ley de Aguas en relación con el hecho de que la Ley no ampara el abuso de derecho en la utilización de las aguas ni el desperdicio o mal uso de estas cualquiera que sea el título que se alegue, y, finalmente, fundamenta la cuestión objeto de litigio en el artículo 3 del Real Decreto Ley 3/1986, de 30 de diciembre, sobre medidas urgentes para la ordenación de aprovechamientos hidráulicos en la cuenca del Segura, que dispone: “[...] los aprovechamientos de aguas subterráneas cuyo volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos, a los que se refiere el art. 52.2³ de la Ley de Aguas, requerirán en todo caso autorización previa de la

³ Actualmente artículo 54.2 de la Ley de Aguas, que establece que “en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, se podrán utilizar en un predio aguas procedentes de manantiales situados en su interior y aprovechar en él aguas subterráneas, cuando el volumen anual no sobrepase los

Confederación Hidrográfica del Segura”. Por lo tanto, concluye que la “autorización, necesaria en todo caso, deba concederse siempre que se dé el requisito de que el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos. Por el contrario es necesario que se den las demás condiciones que se establezcan reglamentariamente”.

Por otro lado, continúa el TSJ, “el artículo 9 de la Orden de 13 de agosto de 1999, sobre determinaciones normativas del Plan Hidrológico de la cuenca del Segura, dictada en desarrollo del Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio, por la que se aprueban los planes hidrológicos de cuenca, establece con carácter general, que no se otorgarán concesiones de aguas subterráneas orientadas a la generación de nuevos regadíos y áreas de demanda, con la posible excepción de las cabeceras, zonas desfavorecidas o acuíferos en los que las nuevas concesiones no puedan afectar de forma significativa al resto del sistema de explotación de la cuenca. Dichas concesiones excepcionales deberán obedecer, en cualquier caso, al interés social, y su otorgamiento requerirá que no se prevean afecciones significativas a terceros, ni suponga explotación de reservas. A los efectos previstos en el presente artículo, se entenderán por cabeceras las cuencas vertientes a los embalses del Talave y Cenajo, y por zonas desfavorecidas a las definidas de esa forma o similar en la legislación o normativa vigente, de carácter autonómico, nacional o comunitaria”.

Aunque el anterior precepto se refiriese a las concesiones y no a las autorizaciones, según el TSJ, “es evidente la prohibición que contiene en relación a la concesión de nuevos regadíos, estableciendo unas excepciones que ni se alegan, ni se dan, ya que los actores pretenden cambiar el uso inicial de carácter doméstico uso agrícola antiguo, por el de regadío de palmeras en una parcela que no se halla en la cabecera de la cuenca, ni una zona declarada desfavorecida. Además está en un acuífero que aunque en el momento de la solicitud no estaba declarado como sobreexplotado, puede provisionarse de la SAT con los nuevos pozos y por otra parte no consta que el aprovechamiento tenga algún interés social (no acredita que genera empleo, ni que su cultivador pueda vivir de ella) y que además puede provocar una afección significativa a terceros porque actualmente se encuentra en un acuífero con descenso piezométrico al que se encuentran vinculados ASCOY-SOPALMO sobreexplotado y supone la

7.000 metros cúbicos. En los acuíferos que hayan sido declarados como sobreexplotados, o en riesgo de estarlo, no podrán realizarse nuevas obras de las amparadas por este apartado sin la correspondiente autorización”.

explotación de una reserva demanial (agua subterránea)”. Además, el Tribunal refiere pronunciamientos anteriores de la propia Sala (sentencias número 3/2003, de 22 de enero, recurso 928/2000, y número 254/2011, de 28 de marzo) en situaciones análogas. “En consecuencia *el principio general es de la prohibición en la cuenca del Segura de utilización de aguas subterráneas para usos agrícolas, salvo que se den las excepciones contempladas* que exige que el aprovechamiento se haga en zona de cabecera o desfavorecida, que no afecte al sistema de explotación de la cuenca y que el solicitante tenga un interés social y no meramente particular”.

3. El empleo del procedimiento para la defensa de los derechos fundamentales para la defensa del derecho a un medio ambiente sano

Continuamos en esta ocasión con otro caso emblemático de contaminación ocasionado por una industria asfáltica en el término municipal de San Pedro del Pinatar, referido anteriormente en la crónica jurisprudencial de la Región de Murcia. Dicho conflicto, aún sin concluir a día de hoy, dio lugar a una sentencia que estimó la demanda de un grupo de vecinos por vulneración de su derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio por olores y condenó al Ayuntamiento a propiciar el cese de la perturbación y la indemnización a los demandantes; la Sala de lo Contencioso del TSJ de Murcia se ocupa en Sentencia 270/2013, de 27 de marzo (recurso 150/2012), de la ejecución de aquella.

Así, entrando a conocer de un recurso interpuesto por el propio Ayuntamiento frente a un auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Cartagena, de 28 de marzo de 2012, que tiene por no ejecutada la Sentencia principal. El Auto recurrido, merced a escritos e informes periciales presentados por los vecinos, declara que el Ayuntamiento no está cumpliendo la Sentencia principal y que debe seguir adoptando las medidas correctoras para evitar las intromisiones (olores) en el domicilio de los afectados, además de abonar las correspondientes investigaciones. Debe señalarse que el TSJ, pese a que el Ayuntamiento aprobó una ordenanza municipal de olores que la empresa contaminante cumplía, según informe de técnico municipal para el que únicamente utilizó “su sentido del olfato”, sin medición alguna, afirma que “en este procedimiento de protección de derechos fundamentales bastaría incluso con una prueba testifical para acreditar la persistencia de los mismos (olores) y la violación de los derechos fundamentales, al margen de la posible violación o no de la normativa medioambiental

aplicable, como viene señalando la jurisprudencia, incluida la de esta Sala. Aún en el caso de que la mercantil cumpliera la Ordenanza se produciría la violación de los derechos fundamentales alegados de persistir los olores, persistencia que ha sido acreditada en el presente incidente de ejecución”. Conviene resaltar que la antijuridicidad de la conducta contaminante, exigible en el seno de los procedimientos sancionadores y penales, no es necesaria en relación con las violaciones de derechos fundamentales, lo que la convierte en una vía recomendable para los afectados ante casos de “polución consentida” por las autoridades.

4. Vigencia del RAMINP en la Región de Murcia

Pese a que se trate de una cuestión en la que la Sala de lo Contencioso del TSJRM se ha pronunciado previamente, entendemos relevante referir una sentencia aplicada a un caso urbanístico en el municipio de Murcia en relación con una explotación de ganado vacuno. La Sala se ha mostrado a favor de la aplicación del artículo 4 del citado Reglamento⁴ en supuestos semejantes, por ejemplo en la Sentencia 293/2000, de 22 de marzo (confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2003), y la Sentencia 126/2011, de 18 de noviembre, que declararon que debe entenderse aplicable “la distancia mínima de 2000 metros del casco de población para industrias fabriles, en virtud del principio de supletoriedad establecido por el art. 149.3 C.E.”. Entienden estas sentencias que dicho precepto era una normativa que debía considerarse básica al engarzar directamente con los títulos competenciales relativos a la protección del medio ambiente en el que las Comunidades Autónomas, la cuales tienen atribuida la facultad de establecer normas adicionales de protección (art. 149.1.23 CE), con la consecuencia, en lo que ahora importa, de que “el apartamiento de aquella norma en el territorio de la comunidad autónoma exigirá que la normativa propia de ésta, la haya sustituido por otra cuya potencialidad protectora no sea menor”.

⁴ El artículo 4 referido establece: “Estas actividades deberán supeditarse, en cuanto a su emplazamiento, a lo dispuesto sobre el particular en las Ordenanzas municipales y en los Planes de urbanización del respectivo Ayuntamiento, y para el caso de que no existiesen tales normas, la Comisión Provincial de Servicios Técnicos señalará el lugar adecuado donde haya de emplazarse, teniendo en cuenta lo que aconsejen las circunstancias especiales de la actividad de que se trate, la necesidad de su proximidad al vecindario, los informes técnicos y la aplicación de medidas correctoras. En todo caso, las industrias fabriles que deban ser consideradas como peligrosas o insalubres, sólo podrán emplazarse, como regla general, a una distancia de 2.000 metros a contar del núcleo más próximo de población agrupada”.

Siendo cierto que existe una previsión derogatoria del referido Reglamento en la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, dicha previsión, declara la Sala del TSJ murciano, “viene acompañada de una limitación de su alcance al señalar en el precepto: no obstante el citado Reglamento mantendrá su vigencia en aquellas comunidades y ciudades autónomas que no tengan normativa aprobada en la materia, caso que se da en esta región en la que aunque se ha incorporado en la Ley 1/1995 la autorización de las actividades clasificadas, no se han introducido los requisitos exigidos para obtener esa autorización o licencia superiores a los del RAMIN en materia de distancias, por lo que este es de aplicación en virtud del principio de supletoriedad del art. 149.3 CE (el derecho estatal será en todo caso supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas). En este caso nos encontramos con una supletoriedad de segundo grado caracterizada porque la Comunidad Autónoma ha hecho uso de su potestad normativa regulando una materia de su competencia pero solo de manera parcial. Por lo tanto en todos los aspectos no regulados por la legislación regional continúa vigente la normativa estatal (STC 15/1989), lo que supone que el RAMINP es aplicable supletoriamente en todo lo no previsto por el ordenamiento autonómico en cuanto incrementa la protección medioambiental existente”.

5. Delitos urbanísticos y orden de demolición de viviendas ilegales en la Huerta tradicional murciana

La Sentencia 348/2013, de 21 de junio de 2013, se ocupa ampliamente de uno de los temas más problemáticos según los fiscales especiales de medio ambiente en relación con la aplicación del delito urbanístico: la condena a la demolición de las obras ilegales, en este caso de una vivienda construida en el municipio de Murcia en terrenos no urbanizables protegidos como Huerta tradicional. La Sentencia de la Audiencia Provincial, además de ocuparse del análisis de las motivaciones del Juzgado de lo Penal que conoció del asunto, planteada por el fiscal la contradicción entre sentencias previas de la AP (en especial la de 15 de marzo de 2013, la de 11 de febrero de 2009 y la de 27 de enero de 2009) y otras audiencias provinciales en la materia (como la de 21 de febrero de 2013 de la AP de las Islas Baleares), refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2012 (ponente: Berdugo Gómez de la Torre), que realiza un análisis exhaustivo de todos los condicionantes dignos de ser tenidos en consideración.

Así, la citada Sentencia del TS introduce la cuestión al declarar lo siguiente:

“[...] la disciplina urbanística trasciende de lo que pudiera considerarse un puro problema de construcciones y licencias a ventilar por los interesados con la administración. En el urbanismo se encierra nada más y menos, que el equilibrio de las ciudades y de los núcleos de población en general y como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellas viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tiene que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive. La humanidad, inmersa en sus exigencias respecto al modo de vivir de todos, al «habitar» de cada uno, que sin dejar de ser titular, de ese inmueble o parte de él, también afecta a todos los demás ciudadanos, ha tomado ya conciencia del problema. Todo ello exige unos planes y el sometimiento riguroso a unas normas. Con el sistema se pone en juego nuestro porvenir. Por ello es un acto muy grave que las normas que se han establecido pensando en la justicia, en la certeza y en el bien común, después, mediante actos injustos, se incumplan.

Por ello el bien jurídico protegido en los delitos de urbanismo es la utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general. De ahí que la STS 363/2006 de 28.3 precise que el epígrafe del capítulo, en el que se contiene el delito que analizamos, identifica el bien jurídico protegido por el mismo: la ordenación del territorio, pero no exclusivamente la «normativa» sobre la ordenación del territorio en la medida en que la propia actuación sancionadora de la administración ha resultado ineficaz al no haber podido asegurar la vigencia del ordenamiento en esta materia, ha llevado al legislador a la creación de estos tipos penales que se contraen básicamente al castigo de las edificaciones sin licencia en el art. 319 y a la prevaricación administrativa, en el art. 320, sino que así como en el delito ecológico (art. 325) no se tutela la normativa ambiental, sino el medio ambiente, en el delito ‘urbanístico’ no se tutela la normativa urbanística —un valor formal o meramente instrumental— sino el valor material en la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de «utilización racional del medio orientada a los intereses generales» (arts. 45 y 47 CE), es decir de utilización racional como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general. Se trata así de un bien jurídico comunitario de los denominados «intereses difusos», pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica —en mayor o menor medida— a toda una colectividad. Su protección —entiende la doctrina más autorizada— se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses

supraindividuales o colectivos y que obedece a la exigencia de la intervención de los Poderes públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social democrático de derecho que consagra nuestra Constitución”.

Posteriormente, el TS señala:

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

Según la doctrina mayoritaria se trata de una consecuencia jurídica del delito en cuanto pudieran englobarse sus efectos en el art. 110 CP (LA LEY 3996/1995). Implica la restauración del orden jurídico conculcado y en el ámbito de la política criminal es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística: No se trata de una pena al no estar recogida en el catálogo de penas que contempla el C.P., y debe evitarse la creación de penas en los delitos de la parte especial —Libro II— que no estén previstas como tales en el catálogo general de penas de la parte General —Libro I— ni se puede considerar como responsabilidad civil derivada del delito, dado su carácter facultativo, aunque no arbitrario.

El texto literal del apartado 3 del art. 319 en el que se dice que los jueces y tribunales «podrán» acordar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, ha hecho surgir dudas y respuestas discrepantes. Existen órganos judiciales que consideran que la expresión «podrán», lo que abre es una facultad excepcional, una posibilidad que además exige de una motivación específica, lo que redundaría no solo en ese carácter discrecional sino incluso en lo excepcional de la adopción de la medida. Sin embargo, ni desde el punto de vista gramatical ni desde una perspectiva legal puede identificarse discrecionalidad con excepcionalidad.

En efecto es cierto que el precepto que analizamos establece la demolición de forma no imperativa ni el tenor literal del art. 319.3 vigente al momento de los hechos, ni la redacción actual del mismo, operada tras la entrada en vigor de la L.O. 5/2010, permiten afirmar que la demolición de lo construido sea la consecuencia obligada, necesaria e ineludible de la comisión de un ilícito de esta naturaleza. El «En cualquier caso...» con el que se inicia la redacción del artículo puesto en relación con la elección del verbo escogido en el predicado —«podrán»— sólo podemos interpretarlo en el sentido de que cuando el legislador

menciona «en cualquier caso» se está refiriendo a que tanto los supuestos a los que se refiere el núm. 1º del precepto como los del núm. 2º, cabe la posibilidad de la demolición... Esto es, con independencia de las calificaciones de los suelos sobre los que se hayan realizado las construcciones o edificaciones cabe la posibilidad de acordarla, siempre motivadamente. Pero si el texto insiste en exigir lo que de por sí es mandato constitucional de cualquier decisión judicial, esto es, que se motive, *lo hace porque estima que el automatismo no cabe en una decisión de esta naturaleza por el hecho de que exista el delito, pero no puede sostenerse que solo cuando concorra una especial motivación podrá acordarse la demolición, bastando recordar para ello, que aunque no lo diga la norma expresamente, es obvio que el tribunal penal deberá también motivar cuando deniegue la solicitud formulada en tal sentido, por alguna de las partes legítimas en el proceso.*

Por ello como quiera que el art. 319.3 no señala criterio alguno, en la práctica se tienen en cuenta: la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción; la proporcionalidad de la medida en relación con el daño que causaría al infractor, en caso de implicarse sólo intereses económicos, verse afectados derechos fundamentales, como el uso de la vivienda propia, la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción; tomando en distinta consideración los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas, etc...

Así por regla general, la demolición deberá acordarse *cuando conste patentemente que la construcción la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad 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.*

De este modo, en principio podría estimarse bastante y suficiente la comisión de un delito contra la ordenación del territorio unido a la persistencia o permanencia de la obra infractora para acordar la restauración del orden quebrantado, *sin que quepan aquí referencias al principio de intervención mínima, que no es un principio de interpretación del derecho penal sino de política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador que es quien incumbe mediante la fijación en los tipos y las penas, cuáles caben ser los límites de la intervención del derecho penal —ni tampoco al de proporcionalidad, pues siempre será proporcionado acordar la demolición cuando sea la única vía posible para restaurar el orden quebrantado—*; tampoco puede aceptarse la tesis de remitir a la ulterior actuación administrativa

tal demolición, lo que entrañaría una injustificada dejación de la propia competencia de los tribunales penales y reincidiría procesalmente en la propia causa que generó, según explícita confesión del legislador, la protección penal, cual es la histórica ineficacia a la administración para proteger adecuadamente ese interés general que representa el valor colectivo de la ordenación del territorio.

Conforme a estas ideas podrían admitirse como excepciones las mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa y aquellas otras en que ya se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a norma la edificación o construcción, esto en atención al tiempo que puede haber transcurrido entre la comisión del delito y la emisión de la sentencia firme, puede insertarse que las obras de potencial demolición se encuentran en área consolidada de urbanización, pero no puede extenderse esa última excepción a tan futuras como inciertas modificaciones que ni siquiera dependerán competencialmente en exclusiva de la autoridad municipal; pues de acceder a ello no solo se consagrarían todas las negativas consecuencias sino que incluso se consumaría un nuevo atentado a la colectividad beneficiándose los infractores en el futuro de servicios de saneamiento y otros de carácter público que les habrían de ser prestados, en detrimento de quienes adquirieron el suelo a precio de urbano, con repercusión de tales servicios y acometieron la construcción con los oportunos proyectos y licencias, amén de que la eficacia de las normas no puede quedar indefinidamente al albor de posibles cambios futuros de criterio —lo que llevado a sus últimas consecuencias, obligaría a suspender la mayoría de las sentencias, ante la posibilidad o el riesgo de que el legislador modifique los tipos correspondientes o incluso despenalice la conducta—.

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

tratando de restaurar el bien jurídico protegido por el delito al estado en que se encontraba antes de ser lesionado.

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

Una vez que el legislador, por la mayor entidad del hecho, ha dispuesto que ha de ser contemplado como infracción penal y como un ilícito administrativo, es el proceso penal el que, con arreglo a las normas penales ha de dar respuesta y ello tanto en lo que se refiere a la pena como a las demás consecuencias del delito, sin que el órgano de la jurisdicción penal competente pueda eludir sus obligaciones de esta materia refiriendo parte de la reacción jurídica a un futuro expediente administrativo.

Entendemos que, por regla general, no cabe otra forma de reparación de la legalidad alterada que la demolición de lo irregularmente construido, de modo que habrán de ser, en su caso, circunstancias excepcionales las que puedan llevar al tribunal a ejercer la facultad que se le atribuye en este apartado 3 art. 319 CP, en el sentido de no acordar la demolición, no para acordarla. De este modo, la demolición específicamente contemplada en este precepto equivaldría a la reparación del daño mediante la imposición de una obligación de hacer prevista con carácter general en el art. 112 CP. *De lo contrario, la intervención penal llevaría consigo, de modo paradójico, la consagración física del resultado del delito, sin posibilidad ulterior de reparación”.*

Pues bien, pese a la contundencia de la Sentencia del TS, alegada por el ministerio fiscal en su recurso de apelación ante la AP de Murcia, el magistrado ponente analiza la motivación del Juzgado de lo Penal para no acordar la demolición y respalda esta decisión, que se basó en el tamaño de la vivienda (60 metros cuadrados), la existencia en la zona de otras construcciones similares y el asfaltado del camino contiguo y en el hecho de que la vivienda cumplía algunos aspectos de la normativa urbanística municipal. A estos criterios la AP de Murcia añade que se trataba del domicilio habitual de la condenada y la existencia de alumbrado público y suministro de energía eléctrica y cita además la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 11 de febrero de 2009, que declara que “no cabe contravenir el principio de interdicción de la discriminación, que se produciría cuando los Tribunales ordenan la demolición de una

construcción y paradójicamente logran subsistir otras que bajo la misma autoridad urbanística incurren en idéntica infracción”.

Desde nuestro punto de vista, y para desgracia de la Huerta tradicional que circunda el municipio de Murcia salpicada de construcciones ilegales, la AP de Murcia sigue siendo reacia a aplicar la medida de la demolición y acude a criterios y motivaciones que mal se concilian con la voluntad del legislador y que permiten la impunidad urbanística, que ya aplican los ayuntamientos, dada la escasa cuantía de las condenas económicas, en clara contradicción con el principio de derecho ambiental de que “quien contamina, paga” y las ideas más esenciales de la responsabilidad medioambiental.