

María Paz Malpica Soto

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla. Socia FICP.

~La infracción urbanística. Su tipificación en el orden penal~

Resumen.- La Constitución Española justifica la Tutela Penal Urbanística con fundamento en los artículos 45 y 47 de la misma. La Introducción de los Delitos contra la Ordenación del Territorio en el Código Penal Español de 1.995 ha sido tardía y su regulación ha sido modificada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la necesidad de dar una respuesta penal para reprimir conductas perjudiciales y atentatorias contra los bienes jurídicos protegidos que son la “utilización racional del suelo orientada a los intereses generales” La Protección penal tiene unas características singulares encabezadas por el principio de intervención mínima. Los tipos delictivos están descritos en dos preceptos los artículos 319 y 320 del Código Penal en el que se comprenden las conductas objeto de sanción, los autores, la penalidad, las sanciones y la adopción de medidas de reparación.

Summary.- The Spanish Constitution upholds the Criminal Urban Tutelage based on its Art. 45 and 47. The Introduction of Criminal Violations of the Zoning Laws on the Spanish Penal Code Act 1995 is late and its legislation has been modified by Constitutional Law 5/2010, 22nd of June, due to the need of a penal action to prevent damaging and criminal behavior against legally-protected rights that are “the rational usage of the land directed towards the public interests”. Legal protection has unique characteristics preceded by the principals of minimal intervention. The criminal types are outlined by two precepts; Art. 319 and 320 Penal Code, that comprise the behaviors deserving of penalty, the perpetrators, the sanctions and the adoption of reparation measures.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española reconoce el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna, así el artículo 47 establece que “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”. De la misma forma el artículo 45 garantiza el derecho de todos a disfrutar de un medioambiente adecuado y establece que “Los Poderes Públicos velarán por la utilización racional de los recursos naturales”, entre los cuales se encuentra el suelo con un papel relevante. Mandatos constitucionales que justifican la Tutela Penal Urbanística con fundamento en los artículos 45 y 47 de la Constitución Española.

La Introducción de los Delitos contra la Ordenación del Territorio en el Código Penal de 1.995, ciertamente aunque en otros países europeos Francia, Italia, Alemania la tipificación penal de las infracciones urbanísticas existe desde tiempo atrás, en el nuestro tras varios intentos en proyectos anteriores no es hasta el Código Penal de 1.995 donde se tipifican dichas conductas en capítulo independiente del Título XVI del libro II dedicado a “los delitos contra la ordenación del territorio y a la Protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”. Regulación que ha sido modificada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en la exposición de motivos de dicha Ley, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se explica la modificación del título XVI del libro II del Código Penal por la necesidad de dar una respuesta

penal para reprimir conductas altamente perjudiciales y atentatorias contra los bienes jurídicos que el legislador ha querido incluso reforzar, tras la reforma operada. El concepto de ordenación del territorio es un concepto amplio frente al concepto más reducido de urbanismo que se erigía como el núcleo esencial de protección del tipo penal descrito en el artículo 319.

II. REGULACIÓN LEGAL

La rúbrica del Capítulo I del Título XVI del Libro II, que tiene el siguiente enunciado: De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo contiene:

El artículo 319.1 CP 1995 castiga en su párrafo 1.º a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. En su párrafo 2.º castiga a las mismas personas cuando la conducta sea llevar a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable. Y en su párrafo 3.º se autoriza a los jueces y tribunales a que, motivadamente, puedan ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

La literalidad del precepto nos lleva en primer lugar a delimitar el concepto de los variados y distintos sujetos activos del delito.

Por promotor la doctrina entiende que es aquel que inicia, dirige, organiza o emplea los medios conducentes a hacer posible la construcción. Por constructor, aquel que ejecuta la obra, responsabilizándose del modo de ejecución y de la calidad de los materiales: empresario de la obra le llama la Ley del Suelo de 1992 en su artículo 264.1. Más complejo es el concepto de técnico director, puesto que el legislador penal no lo concreta y la legislación urbanística tampoco, pero deberían entenderse incluidos en ese concepto los ingenieros técnicos, actúen conjuntamente o sólo uno de ellos.

Este delito admite la participación del extraneus, que puede ser cualquier persona incluso el obrero u operario, siempre que sea conocedor y consciente de la ilegalidad de la obra y coopere a su realización.

El elemento subjetivo de estos delitos hay que significar que los tipos penales contenidos en los dos párrafos del artículo 319 sólo pueden ser cometidos en forma dolosa, no es preciso, un dolo específico basta con el dolo genérico, ya que la comisión imprudente no está tipificada. En cuanto a los tipos concretos contenidos en el artículo 319 este artículo contempla en sus dos párrafos dos tipos distintos: en el primero se contempla la construcción no autorizada en suelos

públicos (viales, zonas verdes, bienes de dominio público, con valor paisajístico, artístico, histórico, etc.), y en el segundo, la edificación en suelo privado.

1. La construcción no autorizada en suelo público.

No define el Código Penal ni la Ley de Suelo de 1992 qué se entiende por «construcción». La doctrina considera que este término y el de edificación -de que habla el apartado 2 del artículo 319- son términos afines pero no idénticos. Construcción es transformación material de los terrenos o espacios sobre los que se realiza, y edificación es toda obra de fábrica realizada para habitación u otros fines análogos.

La doctrina entiende que se considera no autorizada tanto la construcción cuya licencia no se ha pedido como la que se ha pedido y se ha denegado y asimismo si la licencia se ha obtenido ilegalmente.

2. La edificación no autorizable en suelo privado no urbanizable.

La edificación ha de ser no autorizable, que es aquella respecto de la cual no ha recaído licencia porque realmente no es susceptible de ser otorgada porque lo impiden las normas urbanísticas.

Para saber lo que es suelo no urbanizable hay que acudir en los municipios al plan General de Ordenación, a las Normas Subsidiarias y Complementarias del Planeamiento o, en su defecto, a la Ley del Suelo o a las Normas autonómicas.

El apartado 3.º del artículo 319 autoriza al órgano judicial a que, motivadamente, pueda ordenar a cargo del autor del hecho la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. Los arts. 248 a 251 de la Ley del Suelo determinan pormenorizadamente las facultades que corresponden a la Administración en este punto. Hay que entender, sin embargo, que si el Juez Penal no hace uso de esta facultad, ello no impide que sea la Administración la que, conforme a las normas administrativas, pueda ordenar la demolición de la obra.

Este párrafo tercero es objeto de modificación por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo que entrara en vigor el día 1 julio de 2015 que establece que en cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias

provenientes del delito cuales quiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

Por último el artículo previene que cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

III. BIEN JURÍCO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido en los delitos sobre la ordenación del territorio es el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido de utilización racional del suelo orientado a los intereses generales, pues la filosofía que emana de las normas constitucionales es la de castigar las conductas objetivamente más graves, que originen consecuencias trascendentes para la ordenación del territorio. El art. 319 CP 1995 castiga conductas objetivamente graves y dolosas que ataquen un bien jurídico comunitario, la utilización racional del suelo y la adecuación de su uso al interés general; por ello el análisis del tipo debe realizarse desde la perspectiva de la antijuridicidad material, aplicando el principio de mínima intervención cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado, ya que los tipos penales no pueden servir como mero reforzamiento de la autoridad administrativa.

Si bien el delito descrito en el art. 319 CP 1995 como tipo penal de nueva configuración plantea gran cantidad de cuestiones, existiendo jurisprudencia menor contradictoria, por lo que al bien jurídico protegido se refiere, ha de considerarse acertada la postura doctrinal que señala que el mismo se caracteriza por la protección de las propiedades del suelo, como marco jurídico de la vida humana frente a operaciones urbanísticas, postura ésta que parece además ratificada por el legislador en el art. 9.1 L 6/1998 de 13 Abril Ley de Régimen del suelo y valoraciones. Por otra parte, ha de indicarse que se trata de un delito de mera actividad, de carácter doloso, no siendo previsible su comisión culposa, quedando al margen, por tanto, los supuestos de error vencible

La legislación penal urbanística configurada en el CP 1995 no ha pretendido considerar como infracción penal toda infracción administrativo urbanística, sino que lo que pretende es castigar las violaciones o ataques más graves al suelo o a espacios comunes o bienes colectivos sometidos al interés social, que es lo que le otorga el carácter de bien jurídico de digno protección penal a esos lugares, en los que en ningún caso sería posible la libre actuación urbanística. Tal criterio respeta el

carácter de ultima ratio del Derecho Penal y como consecuencia debe respetarse el ámbito propio del derecho administrativo sancionador.

IV. DOCTRINA

La doctrina opina como el autor GÓRRIZ ROYO (1) que puede decirse que la perspectiva urbanística es innata al concepto de «ordenación del territorio», pues éste se origina de la modulación que el «urbanismo» experimenta al despojarse de su tradicional acantonamiento en el estricto ámbito de la urbe para adaptarse al contexto socio-político actual, persistiendo aún hoy dificultades para delimitar ambos conceptos a causa, sobre todo, del tratamiento unitario que se les dota en la regulación jurídica vigente. No son dos bienes jurídicos distintos, la «ordenación del territorio» engloba los intereses y las necesidades sociales a las que trata de dar respuesta el «urbanismo» si bien, ambas funciones públicas lo realizan desde ámbitos territoriales distintos. El objetivo común a ellas es la utilización racional del suelo, del territorio o del espacio, pudiéndose ello lograr desde los enfoques que proporciona la legislación urbanística y de ordenación del territorio. Por consiguiente, cabe afirmar que todas las actuaciones urbanísticas son ejecución de las directrices más genéricas para la «ordenación del territorio.»

Javier RODENAS MOLINA (2) opina que el derecho penal deba intervenir no ya con la misión de intentar paliar un problema de difícil solución por la conceptualización de nuestro actual modelo de urbanismo, pero si, con la misión de no permanecer el Ius Puniendi del Estado como un espectador pasivo de tan acuciante problema, precisamente porque la sanción penal se hace inevitable para castigar los supuestos en los que el derecho administrativo se ha revelado ineficaz.

Como opina DE ALFONSO LASO DANIEL (3) desde desde la entrada en vigor de la regulación de los delitos urbanísticos en el Código Penal, el número de asuntos en este campo es muy bajo debido a los muchos problemas que estos delitos presentan esta minoría de resoluciones revela que tales problemas no se han resuelto

Como expone Miranda ESTRAMPES (4) «otra de las causas que contribuyen a que la legislación penal en este ámbito tenga un carácter simbólico consiste en que el sistema penal y procesal penal continúa estando diseñado en gran medida para la persecución de la denominada delincuencia clásica. Todo el subsistema policial y procesal penal sigue diseñado, fundamentalmente, para perseguir e investigar delitos contra las personas y delitos patrimoniales clásicos (hurtos y robos). Lo que se ha venido denominando Derecho Penal de dos velocidades, o en la actualidad de tres velocidades, está generando un verdadero Derecho Penal de clases sociales. Los tipos penales clásicos suelen llevar aparejadas penas privativas de libertad, en algunos casos de una especial intensidad punitiva, así por ejemplo, los delitos contra el patrimonio (hurto, robo con

fuerza, robo con intimidación...). Por el contrario, para estos nuevos tipos delictivos que protegen intereses difusos o colectivo (por ejemplo, delitos medioambientales, delitos contra el patrimonio histórico, delitos urbanísticos...), se propone una respuesta punitiva de menor intensidad, como contraprestación a la flexibilización de los principios clásicos y de las reglas de imputación, que se traduce en la imposición de penas pecuniarias o penas privativas de derechos o, en su caso, de penas cortas privativas de libertad. Se habla así de un Derecho Penal soft o suavizado. El argumento utilizado para justificar esta diferenciación de sanciones penales se basa en que este nuevo tipo de delincuencia está alejada del "núcleo duro de la criminalidad"».

También opina Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (5) que consecuentemente una cosa es que la realización de estos delitos presupongan que solo se castiguen las conductas más graves entre la disciplina urbanística contenidas en la normativa de ordenación del territorio y otra completamente distinta es que la interpretación de los arts. 319 y 320 haya de hacerse sistemáticamente bajo la suposición prioritaria del principio de intervención mínima, constatadas que sean los elementos constitutivos del tipo penal.

V. JURISPRUDENCIA

Como breve referencia jurisprudencial, hay que señalar, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con referencia al Principio non bis in idem podemos citar la STEDH de 23 de octubre de 1995, la de 30 de julio de 1998 la de 29 de mayo de 2001, de 6 de junio de 2.002, y de 13 de septiembre de 2005 sobre competencias comunitarias del Tribunal Constitucional reafirmando la constitucionalidad de las leyes penales en blanco. La STC 120/1998, afectación por las normas comunitarias 102/94, 24/1996 la relevante STC 61/97 que reconoce la legislación de esta materia por las CCAA, y la de 11 de octubre de 1999 sobre el principio non bis in idem y el cambio de criterio en la posterior de 2 de julio de 2001, la de 10 de julio de 2001 admitiendo el error de prohibición y la STC 22/2009 de 29 de enero sobre la regla general de la demolición La del Tribunal Supremo STS de 26 de junio de 2001 sobre la consideración de autores del delito a los particulares no profesionales, la de 28 de marzo de 2006, la de 21 de junio de 20006, STS 2.ª S 17 Octubre de 2006 dispone que el medio ambiente es un valor de rango constitucional, puesto que el derecho a disfrutarlo y el deber de conservarlo aparecen proclamados en el artículo 45.1 de la C.E., así como la posibilidad de su sanción penal Así la STS de 28 de marzo de 2006 sobre principio de intervencion minima y así mismo hay que señalar los Criterios mantenidos por las distintas Audiencias Provinciales así SAP de Córdoba de 16 Diciembre de 2002 y de 4 Febrero de 2003, SAP de Córdoba de 3 Noviembre de 2004, SAP de Jaén de 29 Mayo de 2000, SAP de Jaén de 4 Septiembre de 2000, SAP de Jaén de 18 Enero de 2007, SAP de Palencia de 14 Marzo de 2000 SAP Cádiz de 5 Febrero de 2004 SAP de Madrid de 3 de Octubre de 2006

VI. CARACTERÍSTICAS DE LA PROTECCIÓN PENAL

Principio de Intervención mínima, el Derecho penal y el derecho administrativo se complementan para mejorar la tutela de un interés colectivo relevante desempeñando cada uno de ellos el papel que le corresponde, el derecho administrativo realiza una función preventiva y sancionadora de primer grado, reservándose el derecho penal para las infracciones más graves, de conformidad con el principio de intervención mínima.

Es cierto que estamos ante conductas también sancionadas en vía administrativa, pero el principio de legalidad determina que, por decisión del legislador, se aplique una sanción más contundente a determinados comportamientos por la especial relevancia de los intereses colectivos implicados, fruto de la indisciplina urbanística generalizada y la falta de efectividad de la actuación administrativa.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27-11-2009, incide en la necesidad de la sanción penal por la indisciplina urbanística que ha llevado a una situación de ineficiencia de las técnicas de control existentes para que los procesos de ejecución urbanística se lleven a cabo con pleno sometimiento a la ley y al derecho “Mas la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajista, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina administrativa, se acude al Derecho Penal, como Ultima Ratio. Sin que quepa desconocer que la profunda lesión del bien jurídico protegido trae causa en buena parte del efecto acumulativo provocado por transgresiones. No es admisible dudar de que el hecho afecta gravemente al bien jurídico tutelado penalmente.”

Es Norma Penal en blanco, es un tipo penal que puede calificarse de en blanco o parcialmente en blanco pues la norma penal necesita una heterointegración con la normativa administrativa como se confirma por la dicción legal de “lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección...” los problemas de todo tipo que plantea una norma penal en blanco, abarcan desde problemas de legalidad, por la remisión a normas administrativas de rango inferior al legal, reglamentos, planes urbanísticos etc..., a problemas de igualdad ante la ley, porque las normas administrativas a que se remite el tipo penal son distintas en las diferentes Comunidades Autónomas y de culpabilidad por la dificultad que entraña conocer la extensa normativa administrativa.

Como normas penales en blanco procede el reenvío normativo a la legislación estatal y a la legislación urbanística autonómica para completar e integrar los tipos penales de los artículos 319 y 320. Así el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto

Refundido de la Ley de Suelo, señala en su artículo 3 que la ordenación del territorio y la ordenación urbanística son funciones públicas que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste.

Accesoriedad Parcial del Derecho Administrativo. Es la opción para configurar el Derecho penal desde una vertiente preventiva, se entiende merecedor de sanción penal las acciones con consecuencias lesivas para ese bien necesitado de intervención penal.

Principio non bis in idem, desde el ámbito mixto administrativo jurisdiccional penal, el problema se plantea cuando la Administración y la jurisdicción penal imponen o van a imponer cada una en su ámbito una sanción, se estima en este caso la prioridad del orden penal frente al administrativo, así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en STC 177/1999 y el Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 2.004

Delito de lesión grave. Delito de simple actividad. En términos generales se considera el delito urbanístico como de mera actividad, pero que debe ser aplicado solo en casos que se estimen de potencial lesividad, incluyendo solo las conductas más graves e intolerantes en atención al principio de intervención mínima.

VII. CONDUCTA SANCIONADA

Tras la reforma operada por la LO 5/2010 se amplían las conductas típicas en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo al incorporarse la referencia a las obras de urbanización. Se amplían las conductas urbanísticas penalmente relevantes, y se unifican los términos empleados para describir la conducta típica y se castigan las obras de urbanización, construcciones y edificaciones que se realicen en los suelos especialmente protegidos del apartado 1 del 319 del código penal y en suelo no urbanizable del apartado 2 del 319 del código penal. Con el nuevo artículo 319 ya no se establece diferencia entre construcción-edificación.

1) En primer lugar se tipifican las urbanizaciones, construcciones y edificaciones no autorizables, realizadas sin licencia y que conforme a la legislación vigente en el momento en que se realizó la construcción no era posible su obtención de haberla solicitado en lugares especialmente protegidos, estos son los dos elementos que integran este delito, la ausencia de licencia y la construcción en lugares especialmente protegidos, y se sanciona a los Promotores, Constructores o Técnicos directores que la lleven a cabo, el Tribunal Supremo fijó una doctrina pacífica con la sentencia de 14 de mayo de 2003 al afirmar que el delito del artículo 319 es un delito común, y que no se exige la profesionalidad del promotor, constructor, o técnico.

A partir del 23 de diciembre de 2010 con la entrada en vigor de la LO 5/2010 serán punibles las obras de urbanización no autorizables que se ejecuten en suelos especialmente protegidos (319.1) y suelos no urbanizables (319.2) se trata de un concepto jurídico indeterminado y tratándose de una norma penal en blanco intentaremos concretar qué se entiende por obras de urbanización a la vista de la Ley 8/2007 de 28 de mayo Ley del Suelo y la legislación urbanística autonómica que en cada caso corresponda, serán por tanto penalmente perseguibles las construcciones que se lleven a cabo en suelo no urbanizable, y no es determinante el destino de la obra si es vivienda o habitación, lo decisivo es que tenga vocación de permanencia y produzca una alteración de la zona afectada, bastaría para acreditar el delito con constatar que se ha llevado a cabo una construcción en suelo no urbanizable.

GÓRRIZ ROYO respecto a la inclusión del término obras de urbanización en el artículo 319 del código penal, estima que la inclusión del término obras de urbanización trae como causa directa que se extiende el ámbito típico a acciones que, con anterioridad, podían ser calificadas, como máximo, de formas imperfectas de ejecución en estos delitos. Es decir, se ha adelantado la intervención penal en este ámbito, viniendo ahora a constituir actos consumados lo que, conforme a la redacción del CP de 1995, sólo podían considerarse supuestos de tentativa.

Como obras de urbanización podemos estimar que son todas aquellas que se ejecutan una vez que se inicia el proceso de urbanización de un terreno, las obras llevadas a cabo para dotar a dicho terreno de los elementos previstos por la legislación urbanística, como acceso rodado, abastecimiento y evacuación de agua, suministro de energía eléctrica, con la finalidad de servir a la edificación que sobre ellos exista o vaya existir, ya sean para viviendas, locales o edificaciones de carácter industrial.

Por construcción podemos definir, cualquier acto que suponga una transformación material o sustancial de los terrenos o espacios sobre los que se realiza, entendiéndose el término construcción en sentido amplio en el que se incluyen muros, presas u obras industriales. “Construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos”.

Por “edificación” debemos entender conforme a la ley sobre Ordenación de la Edificación (Ley 38/99 de 5-11) en su art. 2 "la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal está comprendido en los siguientes grupos industrial". Habrá que entender que es toda obra cerrada con techo, como concepto más restringido que “construcción”, pero en modo alguno cabe excluir del concepto aquellas edificaciones que no estén destinadas específicamente a servir de habitación humana: ni el concepto gramatical, ni el uso ordinario de la palabra, ni el concepto jurídico permite tal restricción, que excluiría del delito la edificación de como naves industriales u otras construcciones semejantes, lo que es obvio que no

correspondería ni a la literalidad ni a la finalidad y ámbito de protección de la norma. La Sentencia de 25 de Julio de 2008 de la Audiencia Provincial de Sevilla precisó que "por edificación habrá que entender toda obra cerrada con techo como concepto más restringido que construcción, pero en modo alguno cabe excluir del concepto aquellas edificaciones que no estén destinadas específicamente a servir de habitación humana: ni el concepto gramatical, ni el uso ordinario de la palabra, ni el concepto jurídico permite tal restricción, que excluiría del delito la edificación de naves industriales u otras construcciones semejantes...".

a) Accesoriedad del acto, dependencia relativa del tipo penal respecto de la normativa o actuación administrativa, porque el tipo penal depende relativamente de la normativa administrativa al utilizar el tipo penal esa normativa administrativa como instrumento necesario para su efectividad.

Hay dos formas de remisión a la normativa reguladora de la materia, la accesoriedad del derecho pues exige el tipo penal que "la edificación no sea autorizable" y la remisión a las autorizaciones o aprobaciones de la autoridad administrativa, accesoriedad del acto como hace en el párrafo primero al exigir que la construcción no sea autorizable.

b) Elemento negativo, ausencia de licencia, la problemática se plantea si la licencia obtenida es nula, o en los casos de licencia obtenida por silencio administrativo, y si la construcción realizada sin licencia es contraria al planeamiento vigente en el momento de su ejecución.

c) Se tipifica la construcción como delictiva en lugares especialmente sensibles, tanto lo sean ya en el momento de la construcción, como en los espacios destinados a ello. Para lo que habrá que contar también con el planeamiento urbanístico, tanto con referencia al Plan Nacional de Ordenación, Planes Parciales, Planes especiales, y tienen que tomarse también en consideración las normas autonómicas, pues el protagonismo legislativo en materia urbanística lo tienen las Comunidades Autónomas y porque la mayoría de ellas disponen de legislación específica.

2) En segundo lugar se castigan la construcción o edificación no autorizables en suelo no urbanizable y se castiga a los Promotores, Constructores o Técnicos directores que la lleven a cabo.

a) Naturaleza autónoma del subtipo, porque la conducta sancionada es distinta y no se trata de una mera cualificación atenuadora de la establecida en el párrafo primero

b) Clase de suelo: no urbanizable, se considera a todo aquel que no tenga la condición de urbano.

c) Construcciones o Edificaciones no autorizables, serán aquellas que de acuerdo con la normativa urbanística aplicable en ningún caso podrían ser autorizadas por la Administración, esto es edificaciones no susceptibles de ser legalizadas, pueden plantearse problemas en los casos de modificación del planeamiento, de una recalificación del suelo. El término edificación es más limitado que el de construcción, o como algún autor ha establecido“ aún cuando toda edificación sería una construcción, no toda construcción sería una edificación, esta viene siendo considerada como toda obra de fábrica construida para habitación o usos análogos”

3) La demolición de la obra: consecuencia accesoria y facultad del Juez. Problemática

Se establece en el párrafo tercero del artículo 319, y es una facultad que deberá ser ponderada teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, y la concurrencia de otros intereses, aunque es cierto que la demolición de la obra tendría una gran eficacia y más fuerza de prevención general, es cierto también que cuando la demolición pueda afectar a derechos de terceros los problemas materiales y procesales que se plantean dificultan la efectividad de esta medida.

La adopción de medidas cautelares de paralización o suspensión de las obras podrá ordenarse por el Juez o Tribunal en base a los artículos 13 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y 339 del código Penal.

La demolición debe ser aplicada de forma general y excepcionalmente podrá no ordenarse una vez que se motive la excepcionalidad de la no demolición bien porque exista otra medida que pueda restablecer la realidad física alterada o atendiendo a las circunstancias particulares de la persona, y en según que casos atendiendo a un cambio del planeamiento vigente o en supuestos de ampliaciones de vivienda, pero para satisfacer la exigencia de la motivación de la resolución judicial deberá expresarse por qué no se considera necesaria la regla general de la demolición, de lo contrario, entendemos que quedaría vulnerada la tutela judicial efectiva

VIII. AUTORES

Sujeto Activo: Particulares y Profesionales. Hasta que el Tribunal Supremo sentó jurisprudencia en las STS de 26 de junio de 2001 y de 14 de mayo de 2003 al establecer que “... cualquiera que realice funciones de promoción jurídica de la obra o cualquiera que construya será considerado a efectos penales promotor o constructor...” las distintas Audiencias Provinciales aplicaban criterios de interpretación distintos, de forma que una misma conducta era castigada en

unas y absuelta en otras Así a favor de esta postura la A.P de Cádiz, Jaén, Granada Sevilla. En contra considerando solo autores a los profesionales Almería, Málaga, Córdoba , Huelva.

Funcionarios públicos y Autoridades, se castiga de forma expresa al funcionario público o autoridad que realizan en el ejercicio de sus cargos conductas que atentan contra los bienes jurídicos protegidos en los correspondientes delitos urbanísticos.

IX. PENALIDAD

Sanciones para las personas físicas y personas jurídicas. Para las personas físicas se impone como pena principal la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, pena de prisión y pena de multa. En el caso de que quien construya o promueva sea un apersona jurídica, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

X. ADOPCIÓN DE LA MEDIDA DE DEMOLICIÓN

El párrafo tercero del artículo 319 establece que “en cualquier caso los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo de autor de hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada...”.

No es una consecuencia del delito, se adopta con la finalidad de restaurar el orden urbanístico vulnerado por la realización de la construcción no autorizada o de la edificación no autorizable. Por carecer del carácter de Sanción, no se viola el principio non bis in idem por la imposición de una pena y la medida de demolición, por la misma razón tampoco está sometida al principio de proporcionalidad.

La adopción de la medida de demolición solo podrá ser adoptada en los supuestos en que efectivamente se constate que se ha vulnerado el orden urbanístico. En este sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de febrero y de 14 de abril de 2004, después de condenar por un delito urbanístico, señalaban que no era proporcional que se acordara la demolición de lo indebidamente construido, sin perjuicio de que así lo pudiera acordar la Administración municipal competente en el expediente que tenía abierto a tal efecto. Lo mismo se debe de concluir necesariamente de la lectura del artículo 339, correspondiente a las Disposiciones Comunes de estos delitos, en el que expresamente ya se dice que estas medidas cautelares lo serán para “la protección de los bienes tutelados en este Título”.

XI. TIPO DELICTIVO

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se perfila por el legislador por qué y en qué se concreta la

modificación del título XVI del libro II del Código Penal y el artículo 320 en sus dos párrafos se contemplan figuras de prevaricación agravadas. En el 1.º se castiga a la Autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes, y en el 2.º se castiga con las mismas penas a la Autoridad o funcionario público que, por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado, haya resuelto o votado a favor a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.

En ambos casos ha de tratarse de Autoridad o funcionario público, y lo son aquellos a los que se refiere el artículo 24 del Código Penal, y ambos han de proceder «a sabiendas de la injusticia», esto es, ambos tipos no pueden cometerse más que en forma dolosa. La forma culposa podrá castigarse conforme a las normas administrativas pero no conforme a la normativa penal.

La conducta típica del primer apartado consiste en informar favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas. En el primer caso basta el informe favorable, sea o no vinculante, sea o no acogido en la resolución que se dicte.

La conducta típica del segundo apartado exige la resolución o el voto favorable de la Autoridad o funcionario a la concesión de la licencia ilegal. En este supuesto basta la resolución o el voto favorable (aunque luego no obtuviese respaldo mayoritario), aunque luego la construcción o edificación no llegara a realizarse por cualquier motivo.

La expresión «a sabiendas de su injusticia» ha sido interpretada por algún sector doctrinal como la exigencia de un plus sobre la mera legalidad, considerando que cuando existe ese plus (infracción no sólo de las normas sustantivas de planeamiento, sino de las de procedimiento y de los principios constitucionales) existirá infracción penal; si sólo existe contravención de la legalidad, existirá sólo infracción administrativa. No compartimos esta opinión. Una tal exigencia en el ánimo del agente hará inviable la aplicación del precepto.

Con la señalada regulación, queda patente que se amplían las conductas típicas de las obras ilegales o clandestinas que pueden ser objeto de delito de prevaricación urbanística ya no sólo se incriminan conductas relacionadas con el proceso de otorgamiento de una licencia urbanística, desde informar favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes, artículo 320-1º, a resolver o votar a favor de su concesión por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado, artículo 320-2º, sino que se adelantan las barreras protectoras del derecho penal a las actuaciones sobre planeamiento, frecuentemente señaladas por la doctrina, como el foco prioritario de corruptelas en la

administración pública. Nótese igualmente, que se añade la palabra construcción superando de este modo la actual concepción de edificación (vivienda, habitación para la reunión de personas o inmuebles destinados a servicios), ampliando la acción a cualquier tipo de obra que produce el hombre con el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados, una sustancial modificación con vocación de permanencia de la configuración original de zona geográfica afectada (STS 29-11-2006). Asimismo, se amplía el espectro de licencias contrarias a las normas no sólo urbanísticas sino también contrarias a aquellas de ordenación territorial.

Destacar la introducción en este precepto de la previsión de dos modalidades de conducta omisivas consistentes en:

1º) silenciar la infracción de normas relativas a la ordenación del territorio o urbanísticas, con motivo de inspecciones.

2º) omitir la realización de inspecciones de carácter obligatorio.

La modificación amplía el objeto sobre el que se puede proyectar la conducta, anteriormente era proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas, se incluyen como conductas típicas la ocultación de datos ilícitos, y se suprime la alternatividad entre la pena de prisión y multa.

XII. CONDUCTA SANCIONADA: LA PREVARICACIÓN URBANÍSTICA

Prevaricación específica o especial, pues se trata de un supuesto agravado de prevaricación, ya que concurre el elemento subjetivo típico de la prevaricación, dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo a sabiendas de su injusticia, y este tipo penal específica las conductas administrativas integradoras de esta prevaricación especial, emitir informes favorables o proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a la normativa urbanística vigente y agravando las penas a imponer, resulta esta prevaricación con una sanción más grave que la prevaricación ordinaria

Según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, la injusticia de la resolución no se identifica con el hecho de que la resolución no sea conforme a derecho, sino que ha de quedar limitada a aquellas resoluciones que de modo flagrante y clamoroso, desbordan la legalidad vigente así establece que son requisitos de ella “a sabiendas de la injusticia” y “con arbitrariedad” el termino a sabiendas ha de entenderse según reiterada jurisprudencia del T.S. en STS de 25 de octubre de 1995 y 5 de abril de 1995 entre otras, como “la intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad

del acto realizado” y el de arbitrarias aquellas resoluciones que sean contrarias a la razón a la justicia y a las leyes, dictadas voluntariamente por capricho .

Estructura: la problemática de la contradicción a las normas administrativas vigentes. Las remisiones en blanco. Las normas urbanísticas que integran la remisión

En primer lugar la conducta típica consiste en informar favorablemente proyectos y licencias contrarias a las normas urbanísticas, la contradicción tiene que ser evidente, si es discutible no se estima concorra este requisito de injusticia en la emisión del informe

En segundo lugar se tipifica votar o resolver a favor de la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas, aplicable en el caso de que se trate de un órgano colegiado.

XIII. AUTORES

Sujeto activo: funcionarios públicos y autoridades, cualidad que debe concurrir en el sujeto activo, atendiendo a la definición que da el propio Código Penal en el artículo 24, que tiene un significado más extenso que el vigente en la legislación administrativa.

Formas: Autoría única, mediata, coautoría y participación en las conductas del artículo 320 del Código Penal. La realización de estas conductas a título de autor solo serán imputadas al funcionario, en estos delitos especiales solo podrá ser autor mediato el sujeto cualificado que podría valerse de un extraneus si el hecho lo permite. Los delitos cometidos en el art. 320 se configuran como delitos especiales propios

XIV. EXIGENCIA DE DOLO

La Modalidad exclusivamente dolosa de la prevaricación urbanística, se evidencia de la propia literalidad del precepto “a sabiendas” e “injusticia”.

Concurrencia de Error. De tipo. De prohibición. Es difícil admitir la concurrencia de error en estos delitos, dado el cargo técnico de los funcionarios y la posición institucional que ostentan las autoridades. Podría admitirse el error de tipo teniendo en cuenta los abundantes elementos normativos jurídicos de difícil integración y la remisión en blanco y el error de prohibición podría contemplarse en casos de vigencia de las normas o aplicación de las derogadas.

Comisión por omisión, solo podrían plantearse en el caso de las conductas tipificadas en el apartado segundo.

XV. PENALIDAD

Penas Previstas. Pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y pena privativa de libertad y la de multa

La previsión conjunta de consecuencias jurídicas, denota en primer término una mayor gravedad de las penas previstas con respecto a la del delito de prevaricación administrativa del art. 404 C.P., lo que cabe interpretar como indicio del carácter pluriofensivo que manifiestan los delitos contemplados en el art. 320 C.P.(3).

Por último conviene destacar que el art. 320 es norma de preferente aplicación en relación con el art. 319, incluso en aquellos casos en que el funcionario pudiera responder como cooperador necesario del delito cometido por el particular, máxime cuando la reforma 5/2010 ha equiparado la penalidad de delitos, al no contemplarse en el art. 320 ya las penas como alternativas sino de forma acumulativa.

Responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, posible que tenga que responder por los daños y perjuicios causados por algunas de las prevaricaciones urbanísticas cuando de las mismas se deriven perjuicios evaluables económicamente

BIBLIOGRAFÍA

- (1) GÓRRIZ ROYO, Protección penal de la ordenación del territorio (Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP), Valencia, 2003, pp. 885-887, 1156.
- (2) Monografía. RÓDENAS MOLINA, J., Los delitos contra la ordenación del territorio y las prevaricaciones urbanísticas tras la reforma del Código penal en la L.O.5/2010, RJC 21,2011.
- (3) GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., El delito de prevaricación... Op. cit., p. 156.
- (4) Monografía DE ALFONSO LASO, D., Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio, Jun 2011, pp. 89-101
- (5) MIRANDA ESTRAMPES M. El populismo penal: consideraciones en torno a la corrupción urbanística, conferencia de fecha 24 de noviembre de 2006 impartida en Pontevedra (Galicia).
- (6) Monografía BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J.R., La Prevaricación Urbanística, julio de 2012.