

XIV SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

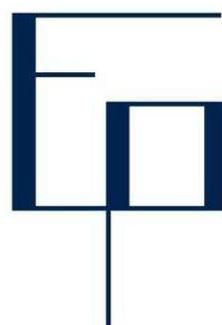
DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL DE LA
EMPRESA

17/06/2011

FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

RELACIÓN DEBATE DE LA PONENCIA: LA NUEVA REGULACIÓN DEL DELITO
URBANÍSTICO TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LA LO 5/2010, DE
22 DE JUNIO.

Ponente: Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal
Relatora: Prof. Dra. Marta García Mosquera.



**Fundación
Internacional
de Ciencias
Penales**

LA NUEVA REGULACIÓN DEL DELITO URBANÍSTICO TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LA LO 5/2010, DE 22 DE JUNIO.

Resumen de la ponencia: *La nueva regulación del delito urbanístico tras la reforma del Código Penal por la LO 5/2010, de 22 de junio*

Prof. Dr. D. Javier De Vicente Remesal. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Vigo.

Relatora: Dra. Marta García Mosquera.

El Profesor De Vicente Remesal comienza señalando que la reforma operada por la LO 5/2010 en el ámbito de la ordenación del territorio ha reabierto el **debate político-criminal** acerca de la justificación y necesidad de la intervención penal para resolver los problemas en el ámbito de la ordenación del territorio y el urbanismo. Considera que la reforma se ocupa de unos tipos penales que han planteado graves problemas de aplicación por dificultades técnicas y falta de uniformidad, pues más allá del consenso alcanzado en algunos aspectos básicos, la aplicación jurisprudencial de los tipos se ha caracterizado por el casuismo y la disparidad.

Antes de entrar en el análisis individualizado de los aspectos fundamentales de la reforma, el Profesor De Vicente Remesal hace una breve referencia al **uso del lenguaje por parte del legislador** en algunos puntos concretos que tienen su importancia, como por ejemplo el empleo de la expresión delitos “*relativos*” a la ordenación del territorio y el urbanismo en la rúbrica del Título XVI, frente a la expresión delitos “*sobre*” la ordenación del territorio y el urbanismo, utilizada en el Capítulo Primero; o el empleo de las expresiones “*en cualquier caso*” y “*en todo caso*”, ambas en el apartado 3 del art. 319 CP; o la sustitución de la redacción anterior del art. 339 CP referida a que “*los jueces, motivadamente podrán ordenar*”, por la actual “*los jueces o tribunales ordenarán*” (así como la coexistencia de esta redacción con la contemplada en el art. 319.3 CP: “*podrán ordenar*”).

En cuanto a la **introducción expresa del concepto de “urbanismo”**, considera el ponente que, si bien podría considerarse en cierta medida innecesaria (en tanto que ya se venía entendiendo con la anterior regulación que el urbanismo también resultaba protegido, al menos de forma mediata), lo cierto es que su inclusión parece oportuna y conveniente.

En el art. 319 CP la reforma ha venido a **unificar la acción típica** en ambas figuras delictivas (art. 319.1 y 2 CP) y se ha unificado lo que puede denominarse el requisito de autorización requerido, estableciéndose ahora en ambos casos “*no autorizable*”, manteniéndose inalterado el objeto sobre el que recae la acción respectivamente en el tipo básico y agravado. Si con anterioridad la acción típica del tipo agravado requería una “*construcción no autorizada*”, mientras el tipo básico exigía “*una edificación no autorizable*”, actualmente en ambos casos se requieren “*obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables*”.

Las disfunciones a que llevaba la regulación anterior por el empleo diferenciado (en el tipo básico y agravado, respectivamente) de los términos “edificación” y “construcción” así como la falta de definición y delimitación precisa entre ambos, reclamaba la unificación de los tipos que ahora se ha operado. Sin embargo, señala el Profesor De Vicente Remesal que, tras la reforma, la delimitación entre la construcción y la urbanización puede resultar problemática si se estima que algunos supuestos de tentativa de construcción pudieran igualmente concebirse como delito consumado de urbanización. Igualmente indica que, en relación con las actividades previas al levantamiento de una construcción ilegal, la nueva regulación sigue obligando a una labor interpretativa para delimitar los meros actos preparatorios de los supuestos de tentativa.

En cuanto a la **conducta típica**, definida como “llevar a cabo obras de...”, el ponente manifiesta que, en su opinión – y en contra de lo sostenido generalmente por la doctrina –, la nueva redacción permite una delimitación más precisa del inicio de los actos ejecutivos y con ello también de la consumación, pues ahora queda claro que en todo caso hay que llevar a cabo “obras” para apreciar el comienzo de los actos ejecutivos. Los actos anteriores a la construcción, edificación o urbanización misma (por ejemplo, las parcelaciones ilegales) pueden quedar incluidos en el tipo siempre que comporten la realización efectiva de “obras”, pero no en otro caso. Y ello, con independencia de la limitación adicional que en su caso proceda en atención al principio de lesividad (atipicidad de las intervenciones insignificantes en el suelo o en el terreno).

El requisito unificado de que se trate de obras de urbanización, construcción o edificación **no autorizables** supone una mejora considerable frente a la situación anterior, en la que se reclamaba el carácter *no autorizable* para la edificación del tipo básico, conformándose con el carácter *no autorizado* de la construcción en el tipo agravado. El Profesor De Vicente Remesal considera que el requisito típico de “no autorizable” debe interpretarse sobre la base del planeamiento existente en el momento de su ejecución, sin que sea posible apreciar una exclusión de la tipicidad a posteriori por recalificación del terreno en un planeamiento urbanístico posterior a la ejecución del hecho. Opina que en tales casos lo que no procedería sería la demolición de la obra, pero sí el comiso de las ganancias provenientes del delito.

Por su parte, el ponente considera adecuado que se haya mantenido el **carácter potestativo de la demolición**, aunque entiende que no debería figurar en el art. 319.3 CP, pues es suficiente con la redacción prevista en el art. 339 CP.

Para finalizar su intervención, el Profesor De Vicente Remesal hace una **valoración global** de la reforma, entendiendo que, al menos en teoría, la nueva regulación hace posible la lucha contra la verdadera delincuencia económica en este ámbito, especialmente por la previsión expresa de la responsabilidad penal de personas jurídicas y la introducción de las conductas omisivas en la prevaricación administrativa. En definitiva, el ponente cree que la reforma en general es positiva si se aplica de manera adecuada.

Debate correspondiente a la ponencia del Prof. Dr. D. Javier De Vicente Remesal.
MODERA: Prof. Dr. D. Carlos García Valdés.

El Profesor **García Valdés**, para iniciar el debate, señala la larga trayectoria legislativa que ha seguido hasta su aprobación la LO 5/2010, cuyo origen está en las directivas europeas que instaban el establecimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas, aunque el alcance posterior de la ley ha sido mucho mayor. También llama la atención el Profesor García Valdés en relación con el problema tratado por el ponente de la eventual atipicidad posterior del hecho, aspecto que considera de especial interés en la medida en que afectaría igualmente al delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, pues no pudiendo castigarse el hecho conforme a los tipos penales de los arts. 320 ó 329 CP, tampoco cabría castigarlo conforme al art. 404 CP. En segundo lugar, considera que la supresión de la expresión “motivadamente” en relación con la decisión judicial de demolición no tiene gran importancia, en la medida en que la obligación de motivación de las decisiones judiciales es una exigencia constitucional.

El Profesor **De Vicente Remesal** reitera su opinión de que la legalización posterior no excluye el tipo. Y, si bien coincide con que la falta de indicación expresa de la obligación de motivación no tiene demasiada importancia, sí le resulta extraña la supresión.

El Profesor **Luzón Peña** opina que, dado que el art. 339 CP sustituye la expresión “podrán ordenar” por “ordenarán”, puede entenderse que la motivación puede ser más breve que si la decisión fuese potestativa. Coincide con el Profesor **García Valdés** en que la motivación ha de estar siempre presente, si bien en muchas ocasiones la práctica de los tribunales es reducir la motivación a meras fórmulas de estilo, lo cual es criticable. Opina también que el requisito de “no autorizable” refuerza la interpretación defendida por el ponente de que la autorización a posteriori no excluye la tipicidad. Sólo en supuestos excepcionales cabría hablar de exclusión posterior de la punibilidad (no de la tipicidad) por convalidación ulterior de la autoridad, como ocurre por ejemplo, con los matrimonios ilegales, donde el legislador lo dice expresamente. En materia de urbanismo podría argumentarse que, dado que el legislador no lo prevé expresamente, no cabe aquí la convalidación posterior excluyente de la punibilidad. Aunque, en sentido contrario, también podría argumentarse su aplicación por analogía *in bonam partem*. Como cuestiones concretas, traslada al ponente las siguientes: ¿Qué es una parcelación o reparcelación que no es urbanización? ¿Se puede parcelar sin urbanizar?

El Profesor **De Vicente Remesal** responde que quizá podrían considerarse como parcelación conductas como aprovechar hitos o accidentes naturales o establecer mínimos mojones, para establecer parcelas, las cuales deben considerarse como actos preparatorios en tanto que no constituyen “obras de urbanización” como requiere el art. 319 CP.

El Profesor **Luzón Peña** interviene para apoyar la idea de que, aunque se trate de un delito de mera actividad, sí cabe la tentativa inacabada. No obstante, dado que la consumación no exige la terminación de la obra (sino sólo que ésta se lleve a cabo), considera que resultará difícil establecer el criterio de diferenciación entre actos preparatorios, tentativa y consumación.

El Profesor **Paredes Castañón** interviene para plantear una duda en relación el problema de las legalizaciones a posteriori. Si, como ha señalado el ponente, estamos

ante tipos penales accesorios respecto de normas administrativas (y no de actos administrativos), surge la pregunta de si, cuando hay un cambio en la normativa administrativa a la que se refiere el tipo penal, no se está produciendo un cambio en el tipo y, en consecuencia, si no habría que aplicar la regla de la retroactividad en beneficio del reo. El Profesor **De Vicente Remesal** entiende (coincidiendo con el Profesor Paredes Castañón) que la retroactividad de la ley más favorable procede en aquellos casos en que la nueva norma contiene un cambio de valoración jurídica, pero duda de que sea esto precisamente lo que ocurre en los casos de recalificaciones por parte de la administración.

La Profesora **Jericó Ojer** plantea una pregunta en relación con los conceptos de “promotor, constructor o técnico director”. Expone que en Navarra, desde el año 2004 se han incoado por lo menos 28 procedimientos en relación con este delito. En los casos que conoce directamente, se trataba de personas que habían construido una serie de cabañas, supuestamente para guardar aperos de labranza, aunque en realidad finalmente se dedicaban a vivienda de fin de semana. Entiende que estos casos pueden considerarse atípicos, con el argumento de la escasa lesividad de la conducta para el bien jurídico, pero quiere preguntar si, además, cabe acudir al argumento de que estamos ante un delito especial teniendo en cuenta que, además de la pena privativa de libertad, el tipo prevé una pena de inhabilitación especial para profesión u oficio (algo que no tendría mucho sentido referido a personas que no sean profesionales de esa actividad).

El Profesor **Díaz y García-Conlledo** considera convincente el primer argumento apuntado por la Profesora Jericó Ojer (escasa lesividad), pero no el segundo, entendiéndolo que no es adecuado interpretar el tipo estrictamente como delito especial. El Profesor **De Vicente Remesal** apunta que, efectivamente hay muchas sentencias que acuden al argumento de la escasa lesividad para llegar a resultados absolutorios. Pero frente a la consideración de que se trata de un delito especial, puede argumentarse que existen también otros tipos penales que, sin ser delitos especiales, incorporan la pena de inhabilitación especial; además de que la pena de inhabilitación puede tener sentido también respecto de los particulares, para impedir que lleven a cabo ese tipo de actividades.

La Profesora **Roso Cañadillas** pide la opinión del Profesor **De Vicente Remesal** en relación con la eficacia de estos tipos, y si no considera ya es suficiente con los delitos de prevaricación, cohecho, delitos contra el medio ambiente, o la corrupción entre particulares; así como con la respuesta del Derecho administrativo sancionador. En definitiva, si no estamos ante una manifestación de Derecho penal simbólico.

El Profesor **De Vicente Remesal** manifiesta que coincide en parte con lo expuesto por la Profesora **Roso Cañadillas**, pero que le parece adecuado que exista un delito específico de prevaricación en este ámbito, como el previsto en el art. 320 CP.