

ORDENACIÓN DEL TERRITORIO: CONSTRUCCIÓN ILEGAL

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO

Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

Extracto:

LA protección penal del territorio viene determinada por la obtención de una mayor calidad de vida y del hábitat humano a través de la utilización racional del suelo orientada a los intereses generales, resultando necesaria la aplicación de las normas penales para corregir aquellos actos que suponen un ataque frontal al bien protegido, como sucede con las construcciones o edificaciones que vulneran la legalidad, al tratarse de suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan un valor, legal o administrativamente reconocido, paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural. En estos supuestos la aplicación de la norma penal estará justificada respecto de los sujetos activos del hecho y llevará aparejada la demolición del bien construido o edificado en contravención de la normativa aplicable.

Palabras clave: delito contra la ordenación del territorio, construcciones ilegales.

Abstract:

THE penal protection of the territory comes determined by the obtaining of a major quality of life and of the human habitat across the rational utilization of the soil orientated to the general interests, turning out to be necessary the application of the penal procedure to correct those acts that suppose a frontal assault to the protected good, since it happens with the constructions or buildings that damage the legality, on having treated itself about soils destined to road, green spaces, goods of public domain, or places that have a value, legally or administratively recognized, landscape, ecologically, artistically, historically or culturally. In these suppositions the application of the penal norm will be justified respect of the active subjects of the fact and will take prepared the demolition of the constructed or built in breach of the applicable regulation.

Keywords: crime against the land management, illegal constructions.

ENUNCIADO

Una persona que posee una parcela en un determinado término municipal, en unión de un perito agrícola que actuó como director técnico, obtiene una licencia del alcalde de la localidad para construir un almacén agrícola en dicha parcela (pese a los informes desfavorables de la correspondiente Administración autonómica y del secretario del ayuntamiento). A pesar del objeto de la licencia, edifica una vivienda de más de 150 metros cuadrados en la mencionada parcela. La zona donde está la parcela, además, está calificada como de suelo no urbanizable de especial protección.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. El delito contra la ordenación del territorio aplicable: requisitos.
2. Calificación del hecho y responsabilidades en que se pudieran haber incurrido.
3. Conclusión.

SOLUCIÓN

1. Es constante o al menos habitual encontrarnos en los medios de comunicación con la realización de actos en el ámbito de las comunidades autónomas o de las corporaciones locales que están relacionados con cuestiones referidas a la ordenación del territorio, constituyendo muchas de ellas infracciones penales. Este tipo de delitos tienen un indudable interés práctico como se desprende de la comisión de estas infracciones penales referidas a cuestiones urbanísticas relacionadas con la ordenación del territorio, que alcanzan una mayor resonancia por la implicación de personas con responsabilidades políticas en ayuntamientos o comunidades, como sucede con alcaldes, concejales, u otros miembros de corporaciones locales o bien miembros de comunidades autónomas, ya se refiera a consejeros o bien a personas que integran el organigrama político de las mismas.

Estos actos tienen que ver, entre otros, con calificaciones de suelo, recalificaciones, autorizaciones de obras o edificaciones o construcciones que vulneran la legalidad vigente, por estar prohibi-

das o referirse a parajes que tienen una especial protección y que pueden dar lugar a la imputación de diferentes tipos penales como son los referidos a falsedades, ordenación del territorio, prevaricaciones o tráfico de influencias. En este esquema se integra el supuesto de hecho que se propone, al que podría serle de aplicación, inicialmente, el artículo 319 del Código Penal (CP), modificado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que tipifica el delito contra la ordenación del territorio y que se refiere a los sujetos activos que no tengan la condición de autoridad o funcionario público. Dicho precepto dispone, en su número 1, que se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triple del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables 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. Por su parte, el número 3 del artículo mencionado dispone 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. En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

Resulta del texto del artículo que nos hallamos ante un precepto penal en blanco que debe ser completado con la normativa extrapenal estatal y autonómica, y con los planes de urbanismo vigentes en la zona en donde se realice la construcción o la edificación. No obstante, el bien jurídico protegido por el mencionado precepto, de naturaleza colectiva o general, de naturaleza supraindividual, tiene un carácter material para obtener una mayor calidad de vida y un mejor hábitat humano a través de la utilización racional del suelo orientada a los intereses generales. Este elemento unido a las implicaciones que tiene el ámbito administrativo de su regulación dificultan su aplicación práctica y contribuyen a su interpretación restrictiva acudiendo a criterios de exclusión punitiva que ha asentado la jurisprudencia, como son, entre otros, antijuricidad formal y material, el riesgo permitido, el principio de insignificancia, la adecuación social de la conducta, la tolerancia social o el principio de intervención mínima.

Sin embargo, ha de tenerse en consideración la relevancia del bien jurídico tutelado y la función de prevención general que supone la aplicación adecuada del precepto indicado, presidida por criterios materiales o teleológicos. No obstante siempre deberá tenerse en consideración el bien jurídico, en la medida en que su lesión conducirá a la aplicación del precepto indicado, y sin que ello contribuya, por tanto, a sancionar penalmente simples infracciones administrativas de naturaleza exclusivamente formal, que deberán ser corregidas en ese ámbito específico (STS de 18 de marzo de 2006).

El artículo 319.1 del CP parece estar delimitado y restringido a la edificación de viviendas destinadas al uso y disfrute de las personas, y para ello lo construido o edificado debe referirse a obras de cierta permanencia o de carácter fijo, que configura el delito como permanente. Asimismo, como antes se mencionó al tener la naturaleza de norma penal en blanco, para la determinación de si el

suelo es o no urbanizable, habrá de acudir a la regulación urbanística en el ámbito estatal, de las comunidades autónomas y a los Planes Generales de Ordenación Urbana.

En el caso que se propone, se incide en que se trata de un suelo no urbanizable de especial protección en el que se han de reconocer el valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural a que se refiere el precepto. En este aspecto debe mencionarse la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, modificada por la Ley 10/2003, de 20 de mayo, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, que modifica el artículo 9, donde se dispone que tendrán la condición de suelo no urbanizable, a los efectos de esta ley, los terrenos en que concurran alguna de las circunstancias siguientes: 1.^a Que deban incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público; 2.^a que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en la circunstancia 1.^a, y que, sin embargo, quedan fuera de esa protección, y por tanto excluidos de la protección del artículo indicado, aquellos que por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para el desarrollo urbano, bien por imperativo del principio de utilización racional de los recursos naturales, bien de acuerdo con criterios objetivos de carácter territorial o urbanístico establecidos por la normativa urbanística.

Respecto al sujeto activo de este delito, debe tenerse en cuenta, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 26 de junio de 2001) que la «Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999, se dedica en su Capítulo III, bajo el título de "Agentes de la edificación", a fijar el contenido y habilitación de dichos profesionales, definiéndoles globalmente en el artículo octavo como todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación, distinguiendo a continuación el promotor, proyectista, constructor, director de la ejecución de la obra y propietarios. Pues bien, mientras que tanto el proyectista como los directores precisan estar en posesión de la correspondiente titulación académica y profesional habilitante, será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente decide, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título, sin exigencia de titulación alguna, mientras que el constructor, que asume contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato, deberá tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor». Solo los técnicos deben poseer la titulación que profesionalmente les habilite para el ejercicio de su función, mientras que el promotor, sea o no propietario, no precisa condición profesional alguna, y los constructores la mera capacitación profesional. Debe tenerse en consideración que dicha doctrina es seguida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2003 o por la de 27 de noviembre de 2009, en la que se establece que la redacción del artículo se refiere a constructores o promotores y no indiscriminadamente al que construya o al que promueva y que constitucionalmente está prohibida la analogía *in malam partem* y la interpretación extensiva perjudicial para el reo.

La restricción es consecuencia del principio de intervención mínima, y solo al profesional le es especialmente reprochable la conducta más grave de no fijar la atención en la legislación urbanística en el caso concreto o de actuar con indiferencia a ella. Únicamente el profesional es considerado sujeto idóneo para cumplir el deber especial y se incluye en la aplicación de esta figura, al promotor ocasional significando que la legislación se limita a tomar la figura del «promotor» de la realidad preexistente, es decir, no se trata de un vocablo técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente.

Centrándonos en el caso propuesto, la promotora sería la persona titular de la parcela que en unión de un perito agrícola, ingeniero técnico agrícola, urden la petición inicial de licencia, llevando a cabo posteriormente la construcción de una vivienda, por lo que pueden ser considerados como sujetos activos de este delito, sin perjuicio del posible delito de prevaricación que pudiera advertirse del comportamiento del alcalde, y que sería encuadrable en el artículo 404 del CP.

Es un tipo de naturaleza dolosa, sin perjuicio de que los responsables trataran de que se aplicara en su defensa el error de prohibición o de tipo para impedir la sanción penal o disminuirla.

2. La calificación del hecho entraña determinar la concurrencia de los elementos del tipo aplicables. Así respecto del sujeto activo consta la implicación de la persona física propietaria de la parcela, así como el ingeniero técnico; ambos solicitan una licencia urbanística con base en un proyecto, del que se apartan y se busca así ocultar la realización de la vivienda para lo que se habría buscado un arquitecto, construyendo algo diferente de lo que se autorizaba por el alcalde, el cual no atendió a los informes desfavorables, que, por razones derivadas de la petición, imposibilitaban legalmente la autorización. De una nave o almacén pasan a construir una vivienda en un paraje de especial protección y por tanto suelo no urbanizable. Ambas personas a sabiendas obtienen la licencia, que era ilegal, pese a los informes desfavorables y realizan la vivienda que pretendían realizar desde un principio. La construcción como elemento objetivo del tipo existe, y aunque hubiera sido autorizada una construcción ilegal como era la nave, nunca lo fue la vivienda que se construye, por lo que no existía autorización para ello. Tampoco podría argumentarse la existencia de un error de prohibición, vencible o invencible o bien de tipo (art. 14 CP), y con ello excluir el elemento intelectual del dolo. Como ha dicho el Tribunal Supremo, la dificultad de determinar la existencia del error, por pertenecer a lo más íntimo de la conciencia del individuo, permite decir que no basta su mera alegación, sino que debe probarse, tanto su existencia como su carácter, vencible o invencible (SSTS de 7 de julio de 1997 y de 28 de marzo de 1994). Sin embargo, de los datos del caso se desprende que el promotor construyó la vivienda en unión del ingeniero, que no había sido autorizada, ni podría serlo a la vista de la existencia de un suelo no urbanizable con especial protección, y así hacer pasar por almacén lo que era una vivienda. No se prueba el error con su mera manifestación sino con la apreciación de los hechos, y aquí revelan la existencia de una confabulación para construir una vivienda ilegal mediante la oportuna licencia, también ilegal, pues no era posible tampoco la edificación de una nave o almacén. Parece desprenderse la existencia de dolo como elemento del delito.

Respecto de la posible alegación de los acusados de la aplicación del principio de intervención mínima para con ello obtener la absolución o la no imputación, debe indicarse que este principio va dirigido esencialmente al legislador como postulado al tipificar las conductas punibles; y por lo tanto

no es una regla de aplicación del derecho penal, de manera que solo en caso de duda acerca de la tipicidad de los hechos podría operar tal principio, no cuando los hechos revisten caracteres de infracción penal, en cuyo caso, el juez o tribunal queda vinculado por el principio de legalidad penal. Tropieza, por tanto, el principio alegado con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal (STS de 21 de junio de 2006).

3. En conclusión estaríamos en presencia de un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 del CP, del que serían autores el promotor y el ingeniero técnico, que se pusieron de acuerdo para urdir la obtención de una licencia, y tras ella construir una vivienda que era ilegal que no había sido autorizada ni podía serlo, al concurrir todos los elementos del tipo objetivo y subjetivo, sin que pueda apreciarse error, ni de tipo ni de prohibición, ni la aplicación de principio alguno atenuara o exculpara la responsabilidad, y que dará lugar a la demolición de lo edificado o construido a costa de los autores del hecho. Además debería acordarse la nulidad de la licencia otorgada para construir el almacén o nave agrícola, y ello sin perjuicio de aplicar el delito de prevaricación del artículo 404 del mencionado texto respecto del alcalde en tanto que acordó conceder una licencia ilegal, contra el criterio del secretario y de la Administración autonómica, y por tanto dictó una resolución arbitraria en asunto administrativo.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 14, 319.1 y 2 y 404.
- Ley 6/1998 (LRSV), art. 9.
- Ley 38/1999 (Ordenación de la Edificación), Capítulo III.
- SSTS de 7 de julio de 1997, de 28 de marzo de 1994, de 26 de junio de 2001, de 14 de mayo de 2003, de 10 de octubre de 2005, de 18 de marzo y de 21 de junio de 2006 y de 27 de noviembre de 2009.