

DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO
Fiscal del Tribunal Superior de Justicia

Palabras clave: delito contra la ordenación del territorio, sujeto activo, edificación, suelo no urbanizable.

ENUNCIADO

La construcción de una vivienda en terreno no urbanizable por particular propietario del mismo, que pretende que se paralice la demolición acordada en la medida que puede ser legalizable la situación del terreno donde se encuentra la vivienda, y que considera que no es profesional de la construcción, no siéndole de aplicación la regulación penal que se aplica. Además indica que existen obras terminadas en la zona y que en las parcelaciones existen servicios públicos como agua o electricidad.

CUESTIONES PLANTEADAS:

Análisis y calificación jurídica.

SOLUCIÓN

La resolución del caso propuesto por su frecuencia en la práctica, como se comprueba en el ámbito de las Audiencias Provinciales en la medida en que dictan resoluciones que resuelven recursos de apelación, exige previamente realizar un estudio somero del artículo 319.2 del Código Penal (CP) que castiga a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en terreno no urbanizable.

En primer lugar debe destacarse que su ámbito de aplicación queda delimitado por los siguientes elementos:

1. Que la edificación ha de ser no autorizable, es decir, no si incluyen las construcciones en lugar prohibido y no autorizado pero que sean susceptibles de legalización.
2. Que el suelo sobre el que se edifica ha de ser no urbanizable, es decir, terrenos que el plan general no incluya como suelo urbano o urbanizable.

Además el tipo es eminentemente doloso, llegando a admitirse el dolo eventual; pero no se regula expresamente la comisión imprudente.

La estructura del tipo arriba citado desvela la existencia de elementos normativos: el primero se refiere a la naturaleza urbanizable o no del suelo, y en segundo lugar el hecho de que la construcción sea o no autorizable.

Elementos típicos que exigen la concurrencia del dolo para su existencia, de lo que se deriva que la invocación del error de tipo, ya sea vencible o invencible, en aplicación del artículo 14 del CP, que supondrá la absolución ante la imposibilidad, como ya indiqué, de apreciar una comisión imprudente, en el lado vencible del error mencionado. Esta invocación, por tanto, puede determinar que el sujeto activo puede resultar absuelto de una acusación por este delito.

Partiendo de la configuración de tipo penal en blanco, que exige que sea a través de normas extra-penales, como se delimite el mismo, se ha de poner este precepto en conexión con los principios de intervención mínima y última ratio del Derecho penal a la hora de definir el término «edificación», concepto que en el ámbito penal ha de tener un alcance limitado, a la vista de la amplia regulación y actuación sancionadora que existe en la esfera del Derecho administrativo urbanístico. No hay que olvidar que estamos ante un tipo penal en blanco que se nutre del Derecho administrativo urbanístico, que tiene remedios para reaccionar frente a la construcción ilegal, y por tanto actuará el Derecho penal cuando a través de la actuación del orden administrativo no se restablezca el orden jurídico vulnerado. Partiendo de estos principios cualquier interpretación ha de ser taxativa, estricta y restrictiva, (el Derecho penal no permite interpretaciones extensivas, amplias o analógicas), de manera que se evite la utilización de la analogía u otra técnica interpretativa para configurar la norma penal, de manera que el término «edificación» utilizado por el legislador sea claro en aras a la seguridad jurídica. En este sentido se ha dicho que edificación sería toda obra destinada a albergar personas, ya se trate de aquella que sirva de morada permanente o de albergue transitorio, ya sea un fin diferente como el de servir de centro lúdico.

Igualmente ocurre con la expresión legal «suelo no urbanizable», y que con igual técnica debe ser entendido aquel que tenga alguna de las siguientes circunstancias: a) el estar sometido a un régimen especial de protección incompatible con la transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial en razón a su valor paisajístico, científico, ambiental, etc., o por la sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público; b) que sea necesario preservar en función de los valores anteriormente mencionados, por su valoración agrícola, forestal, ganadero o por las riquezas naturales, o se consideren inadecuados para el desarrollo urbano (LRSV de 13 de abril de 1998, art. 9.º).

De la exégesis del precepto se plantea la cuestión importante relativa al sujeto activo del delito del artículo 319.2 del CP, y en tal sentido, si han de considerarse incluidas en él solo las personas que profesionalmente se dedican a realizar actividades inmobiliarias o puede serlo cualquier otra persona aun-

que no tenga esa cualidad o condición de profesional. Debe mencionarse que en este aspecto el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992 (derogada por la LRSV de 13 de abril de 1998), se refería a personas responsables de las obras que se ejecutasen sin licencia o con inobservancia de sus cláusulas, al promotor, empresario de obras y técnico director de las mismas, sin que definiera el alcance de dichas actividades o profesiones. Posteriormente La Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999 cuando regula los Agentes de la edificación los define globalmente como todas las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación, distinguiendo seguidamente el promotor, proyectista, constructor, director de la ejecución de la obra y propietarios.

El Tribunal Supremo ha dicho que el promotor no precisa de condición profesional alguna, no es un técnico, sino que se refiere con tal concepto, de acuerdo con el uso corriente, a la persona que realiza toda iniciativa, y no solo circunscrita al ámbito inmobiliario. En este ámbito, es decir, en el ámbito de la construcción, se considera como promotor toda persona, sea física o jurídica, pública o privada, que, de forma individual o colectiva, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación para sí o para su posterior enajenación. Es cierto que no hay una posición unitaria, en relación a este requisito subjetivo, y así mientras existen posiciones que realizan una interpretación extensiva del concepto e integran en el mismo a cualquier persona como posible sujeto activo del delito, ya que el bien jurídico protegido puede ser quebrantado tanto por profesionales como por personas que no tengan esa condición, otro sector de la doctrina manifiesta una preferencia por una tesis restrictiva, que excluiría a los particulares que no tuvieran tal condición de profesional, y por tanto el tipo sería aplicable solo a los profesionales que se dediquen a esa actividad.

Desde mi punto de vista, partiendo de diferentes sentencias de las Audiencias Provinciales de La Coruña, Palencia o Jaén, resulta más adecuada la interpretación extensiva por las siguientes razones:

- a) A la vista de la literalidad del precepto penal que se refiere a constructor sin matización ni excepción alguna, pudiendo ser aquella persona que realiza esporádicamente tal actividad, o aquella otra que se dedica profesionalmente a la misma.
- b) Desde el punto de vista del fin de la norma penal, que es la protección de un bien jurídico digno de la misma, se trata con el precepto del código que se comenta de proteger la regularidad en la actuación urbanística, que puede ser quebrada por cualquier persona, tenga o no el carácter de profesional, pues en otro caso, se permitiría al no constructor titular de un terreno a construir como tuviera por conveniente, sin someterse a la disciplina urbanística, y por tanto sin serle de aplicación la norma que persigue las conductas contrarias a la ordenación del territorio.
- c) Debe tenerse en cuenta que el artículo 319, como en el ámbito civil el artículo 1.591 del Código Civil, así como el artículo 11 de la Ley de Ordenación de la Edificación, lo que protege es la actuación del constructor que ha de someterse a las normas que disciplinan la legalidad urbanística, y tal obligación la ha de tener tanto el constructor profesional como el no profesional, pues en este caso será el dueño de la obra en cuanto que la contrata, la dirige y tiene su propiedad.
- d) El hecho de que la conducta del Código esté castigada con pena de inhabilitación especial para profesión u oficio no indica que el precepto esté dirigido solo para los profesionales que se dediquen a esta actividad, pues el Código ya prevé dicha pena como principal para otros delitos que no son especiales, como aborto, lesiones al feto, delitos contra el patrimonio histórico, entre otros.

La tesis extensiva parece haber encontrado apoyo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2001 y la de 14 de mayo de 2003, que no exige la cualidad de profesional para sancionar por el artículo 319 ya referido, indicando que el promotor no necesita la condición de profesional alguna, y que considera promotor a la persona física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación para sí o para su posterior enajenación. Conviene decir que la denominada interpretación extensiva no es una interpretación alejada de los principios que inspiran la interpretación de la norma penal, sino que descansa en una interpretación literal del precepto, que en ningún caso centra la puesta en peligro del bien jurídico protegido en personas que gocen de la condición de profesionales, ya que tal bien puede ser atacado por cualquier persona revista o no esa condición.

A la vista de las precedentes notas resulta evidente que existe una infracción de las normativa administrativa aplicable, que el propietario construye sabiendo que no ha obtenido la preceptiva autorización, pero debe tenerse en cuenta que el precepto penal solo protege los ataques más flagrantes y graves contra los bienes protegidos, de manera que abrir en principio un proceso penal, quizá fuera una reacción jurídica adecuada, pero el problema es no la apertura de una investigación sino la sentencia condenatoria. Es cierto que sin licencia no se puede construir, y esa omisión administrativa fundamental puede dar lugar sin más a una reacción del ordenamiento de manera que en ese ámbito se pongan en marcha los mecanismos que la impiden y se sancione como corresponda. Pero otra cosa es además condenar cuando se ha construido en esas circunstancias, pues como se ha dicho este delito es un delito eminentemente doloso que requiere en el sujeto activo, en este caso un no profesional al que le sería aplicable la norma penal según lo indicado, sepa y quiera cometer el hecho, es decir, que ha construido una construcción no autorizable y además en terreno no urbanizable. Puede saber que la obra es ilegal pero derivar de ese conocimiento un conocimiento del delito con esa conducta, siendo en ese sentido esencial valorar las circunstancias del hecho, y en este caso observar cómo existían obras ya terminadas en la misma zona, y que contaban con los servicios públicos esenciales, sin que conste que se les abriera proceso penal alguno, así como habría que valorar la actuación concreta de la Administración correspondiente, su concreta actuación en el caso y en los casos parecidos y si a la vista de las circunstancias se abrió o no un nuevo plan de ordenación.

Parece claro que a través de la doctrina del error se podría dictar una sentencia absolutoria, y en caso de recurso, una estimación del mismo. Si el error fuera vencible la conducta no se podría castigar al ser el delito eminentemente doloso, y no estar prevista la comisión imprudente. Las consecuencias de la demolición quedarían sometidas igualmente a la normativa administrativa correspondiente.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 14 y 319.
- Ley 6/1998 (LRSV), art. 9.º.
- Ley 38/1999 (Ordenación de la Edificación), arts. 8.º y 11.
- SSAP de Palencia de 13 de diciembre de 1998, La Coruña de 5 de julio de 1999 y Jaén de 29 de mayo de 2000.