

“DELITOS URBANÍSTICOS”

(Conferencia)

Ilmo. Sr. D. Ángel Núñez Sánchez

Fiscal. Asesor del Gabinete del Secretario de Estado de Justicia

Buenas tardes. En primer lugar me quiero sumar a los agradecimientos que ya han expresado quienes me han precedido en el uso de la palabra, a la Abogacía del Estado y al Ministerio de Justicia, por la invitación para estar hoy aquí.

En relación con los delitos urbanísticos, no hablamos de figuras penales de nueva planta, de manera que podríamos obviar, aunque tal vez sea mucho obviar, la primera de las dos preguntas a las que Abraham trataba de responder su intervención, prescindiremos de si resultaba conveniente o no el traslado al ámbito penal de conductas que hasta entonces eran objeto de sanción en el ámbito administrativo. Y la que hay que resolver es si realmente los tipos contenidos en los artículos 319 y 320 del Código Penal necesitaban una reforma. Pues bien, cuando hablamos de delitos urbanísticos nos referimos a una de esas categorías de figuras delictivas que plantean una enorme polémica en la dogmática y en la práctica jurídica. En la dogmática porque basta con examinar la prolija literatura técnica que se produce desde el año 1995, para constatar que buena parte de la misma se dedica más que a la exégesis de los propios tipos penales, a la interrogación respecto a la conveniencia de su tipicidad penal, y ello, muchos años después aún de la entrada en vigor de los mismos. Salvo excepciones, naturalmente. Y en el ámbito judicial -o en la práctica judicial-, porque se trata de figuras que han tenido que enfrentar dificultades de enorme trascendencia la hora de su aplicación. Algunas que a mí, como Fiscal que durante mucho tiempo ha tenido que promover la aplicación de estos tipos, se me antojan naturales, como consecuencia de los defectos técnicos que los mismos presentaban. Pero otras son consecuencia de ese rodaje que los tipos penales de nueva planta tienen que pasar antes de ser objeto de una práctica normalizada, por parte de los tribunales, y me refiero, por ejemplo, a polémicas respecto de la naturaleza jurídica del Art. 319, en cuanto a delito común o delito especial, en cuanto a planteamientos que se apartaban de la doctrina tradicional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, respecto del error -interpretaciones que no dudo en calificar a veces de extravagantes-, respecto del principio de intervención mínima, como mandato supuestamente dirigido al órgano judicial y no al legislador. O en lo que se refiere a la utilización, de forma enormemente escasa y con enormes dificultades de las medidas tendentes al restablecimiento de la legalidad y la realidad física alterada, esto es, de la demolición.

De todo esto no solo ha dado cuenta la doctrina cuando ha abordado el estudio de la jurisprudencia, fundamentalmente de las Audiencias Provinciales, en esta materia, sino una propia Resolución del Parlamento Europeo, que, como consecuencia de estudios e informes realizados sobre el terreno en España ha concluido –como decía- una defectuosa aplicación judicial de la normativa urbanística y también de la normativa urbanística penal en esta materia.

De manera que, yo entiendo que la reforma estaba justificada en la medida en que la aplicación de estos delitos no era satisfactoria, en buena medida porque los tipos penales presentaban defectos técnicos. Si uno examina las Memorias de la Fiscalía General del Estado y las Memorias de la Fiscalía de Medioambiente o las de las Redes de Fiscales

de Medioambiente durante los años inmediatamente posteriores a la entrada del Código Penal observa cuáles eran algunos de estos defectos. Y si bien es cierto, recientemente la semana pasada lo ponía así de manifiesto el Fiscal de Sala Coordinador de Urbanismo en Sevilla, en un Encuentro entre jueces y fiscales españoles y portugueses, sobre aplicación de la normativa ambiental europea, si bien es cierto –digo- que esta tendencia empieza a mostrar signos de inversión en los últimos tiempos, de manera que se va produciendo una aplicación mucho más normalizada de los tipos, no lo es menos que aquellos defectos que presentaban hacían aconsejable una reforma.

Y en este punto puede concluirse que la reforma experimentada, tanto en el Art. 319 como 320 lo ha sido de entidad. Se reforman las rúbricas del capítulo, hay una importante introducción de nuevas modalidades típicas, tanto en el delito urbanístico, en sentido estricto, como en la prevaricación urbanística del Art. 320; existen modificaciones importantes, cualitativas y cuantitativas, en materia de penas; y hay una regulación más adecuada que la que hasta ahora teníamos en cuanto a las medidas tendentes al restablecimiento de la legalidad.

Me referiré de forma casi telegráfica a cada uno de estos apartados.

Por lo que se refiere a la reforma de la rúbrica de título y capítulo, más allá de la polémica doctrinal que ha suscitado la referencia al urbanismo junto a la ordenación del territorio en la denominación del título en el que se recogen estos delitos, lo cierto es que podría haberse justificado diciendo que se está recogiendo lo que era la forma tradicional y popular o vulgar de la denominación de estos delitos. Era extraño escuchar en la prensa, en los tribunales o en cualquier otro ámbito, hablar de delitos sobre la ordenación del territorio, y lo habitual era que se hablara de delitos urbanísticos. Ahora bien, ¿está justificada la mención al urbanismo? Al margen de que algunos planteamientos, minoritarios en la doctrina, sostengan que también las normas urbanísticas eran objeto de protección, a través de las figuras penales, fundamentalmente del 319, e indirectamente del Art. 320, lo cierto es que de manera mediata, a mi juicio, resulta incuestionable. No tanto porque, como a veces se ha dicho, introducir el urbanismo o introducir una referencia al urbanismo, en cuanto a la determinación del bien jurídico en estos tipos implique convertirlos en delitos formales, en los que únicamente se protege la legalidad urbanística, cuanto porque con los tipos penales referentes a delitos urbanísticos se está protegiendo lo mismo que se protege con la legalidad urbanística. De manera que de forma mediata estamos acudiendo a esa dimensión pluridimensional que implican los bienes jurídicos que se sitúan detrás de la ordenación del territorio y del urbanismo. Es decir, la calidad de vida, la ordenación racional del territorio, la utilización medida y racional de los recursos naturales. A mi juicio, en este sentido, la referencia que se hace al urbanismo en la rúbrica del título supone un acierto, siempre que evidentemente se haga desde una hermenéutica que apunte al contenido material de ofensividad de los tipos y en ningún caso a su conversión en tipos meramente formales.

El núcleo fundamental, no obstante, de la reforma en este ámbito, viene referido a la aparición de nuevas modalidades de conductas típicas, y ello –ya lo he dicho- tanto en el Art. 319 como en el Art.320. Hasta el momento, y como consecuencia, tal vez, de una apresurada traslación de las normas urbanísticas administrativas al ámbito penal, la regulación era enormemente farragosa. En el Art. 319.1 se castiga la realización de construcciones no autorizadas, y en el Art. 319.2 se castiga la realización de

edificaciones no autorizables. Lo primero que hace la reforma es unificar el objeto sobre el que recae la conducta, se trata de obras de urbanización, construcción o edificación, tanto en el Art. 319.1 como en el Art. 319.2. Y en segundo lugar, se suprime esa diferencia que hasta el momento existe entre el carácter no autorizado de las construcciones en el primer apartado, y el carácter no autorizable de las edificaciones en el segundo. Tanto en el 319.1 como en el 319.2 se castiga llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables.

Por lo que se refiere a la unificación del objeto sobre el que recae la conducta, ha de decirse que venía siendo reclamada insistentemente en los trabajos doctrinales y en numerosas sentencias, que ponían de manifiesto esa incongruencia, sobre todo porque el legislador no ofrecía una definición de qué debíamos entender por construcción y por edificación. Y ha sido por la vía de la casuística jurisprudencial como hemos podido ir construyendo ese concepto, de suerte que de las distintas sentencias puede extraerse el principio de que no toda construcción es una edificación, pero sí toda edificación es una construcción. Y siendo así no parece muy cierto o no parece muy lógico que determinadas construcciones, realizadas en suelo meramente no urbanizable, supongan un resultado atípico, cuando tienen un potencial lesivo del suelo de mayor entidad que algunas que merecen el concepto de edificación. Y pongo un ejemplo: la jurisprudencia asimila edificación a edificio, parece lógico por su propia determinación etimológica, destinado a albergar, con carácter permanente o transitorio, a personas. De manera que, conforme a estos planteamientos hermenéuticos una piscina o un garaje o un cuarto de ateros o una carretera, se considera una construcción, pero no se considera una edificación. Y en consecuencia, como manifestación de estos principios, la realización de un vial en suelo no urbanizable genérico resultaría atípica, mientras que la construcción de un pequeño cuarto de ateros, en uno de los suelos a los que se refiere el nº 2º del Art. 319, integraría un delito sobre la ordenación al territorio. De manera que, parecía más lógico igualar los supuestos en el nº 1º y en el nº 2º, y lo que ha de ser determinante de la tipicidad en ambos ha de ser el potencial lesivo de la actuación en los términos que ahora se define.

A partir de tres criterios, que son los que se manejan en la jurisprudencia. En primer lugar, el carácter de permanencia de la construcción o la edificación. No entendido en el sentido de inamovilidad o inmutabilidad, porque todo edificio es trasladable, sino en el sentido de vocación de permanencia. En segundo lugar, la entidad constructiva, lo cual permitirá excluir de la tipicidad aquellos supuestos absolutamente banales o de muy poca trascendencia. Y en tercer lugar, fundamentalmente, el que se trate de obras que sean el resultado de técnicas de ingeniería, carpintería, arquitectura o albañilería.

En la medida en que ahora se habla de obras de construcción, edificación o urbanización, resulta necesario plantearse también si ello supone una anticipación del momento de la comisión o de la consumación de los tipos. El planteamiento general es que no es así, en la medida en que la naturaleza de tipos de actividad de los del Art. 319 asemejaba o identificaba el momento consumativo con el inicio de las obras de la construcción o la edificación, y por tanto ello no ha de suponer una modificación. Lo que sí tiene trascendencia, y a mi juicio positiva, es la inclusión por el legislador de las obras de urbanización, en la medida en que hasta el momento tenían un carácter atípico. Constituían los momentos previos del inicio de la realización de construcciones y edificaciones, y resultaba enormemente complejo obtener sentencias condenatorias

subsumiéndolas a través del concepto de construcción o a través del concepto de edificación aunque supusieran una indudable actuación de transformación del espacio.

El segundo de los aspectos que se modifica es el de la ausencia de autorización como requisito típico de la conducta. Como les decía, en el Art. 319.1, se exigía que la construcción fuera no autorizada, y en el 319.2, que la edificación fuera no autorizable, con lo cual una aplicación estricta del dictum legal llevaba a que la realización de una edificación en suelos de los protegidos que enumera el 319.1, que en el momento de iniciarse las obras no hubiera obtenido todavía la licencia, en la medida en que no estaba autorizada estaría dando lugar a un delito, sin perjuicio de que la actuación pudiera estar ajustada a los supuestos de construcción en estos espacios y, por tanto, la autorización pudiera haberse obtenido, de haber sido solicitada, o la misma se obtiene con posterioridad al inicio de las obras. La razón de esta diferencia entre autorizada y autorizable estaba en que el legislador quería otorgar una mayor protección a los suelos especialmente valiosos del Art. 319.1, de ahí que utilizó el concepto de no autorizadas para las construcciones que tenían lugar en ellos, mientras que para las edificaciones que se llevaban a cabo en el suelo no urbanizable genérico empleó el concepto, más estricto, de no autorizables. Pero lo cierto es que, al margen de que alguna sentencia haga una hermenéutica –de pura literalidad– que aplica la diferencia entre ambos conceptos de esta forma a la que me acabo de referir, la mayor parte de ellas tendió a asimilar la realización de la conducta típica a la ausencia de autorización, entendida como imposibilidad de su obtención, independientemente de contar en el momento inicial con el título habilitante que constituye la licencia. Recientemente el Tribunal Supremo en una Sentencia de 6 de abril de 2009, obiter dicta, manifestaba como lo determinante la referencia al daño material y físico contra los intereses públicos que este tipo de conductas entraña. Así pues, que la obra, construcción o edificación, se encuentre en contradicción con la legalidad urbanística.

Por su parte, en la prevaricación urbanística, en el Art. 320, también se producen ampliaciones de las modalidades típicas, fundamentalmente porque hasta el momento, en el primero de los supuestos, que es la emisión de informes favorables contrarios a la legalidad, únicamente se contemplaban los proyectos de edificación o las licencias para construcción o edificación. Tras la reforma se contemplan también proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación e instrumentos de planeamiento, porque donde verdaderamente se apreciaba el potencial lesivo de este tipo de informes, que de no existir este tipo específico no serían subsumibles en el tipo genérico de prevaricación del Art. 404 del Código Penal, es respecto de los instrumentos de planeamiento, de los distintos instrumentos de planeamiento. Porque el concierto delictivo, que en la mayor parte de los supuestos se apreciaba, llevaba después a una recíproca justificación de la autoridad o funcionario que dictaba la resolución u otorgaba la licencia en la existencia de los informes, y resultaba enormemente entorpecedora de la aplicación de los tipos.

Así pues, el precepto castiga ahora a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes.

Y por otra parte, la prevaricación urbanística también se amplía en lo referente a la contemplación de conductas y de figuras omisivas. Esto también venía siendo una

reclamación que venía haciéndose de largo. Aunque el legislador no lo recoge en la forma en que en algunos supuestos se reclamaba, esto es, el de los supuestos en los que el no pronunciamiento por parte de la autoridad administrativa implicaba la concesión de la licencia, sino que lo hace a través de la omisión de las inspecciones. El precepto castiga al que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de las normas de ordenación o urbanísticas o haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio. De manera que se sigue en este punto una sugerencia que realizó el Consejo General del Poder Judicial en su Informe en el sentido de que no bastaba con tipificar el silenciamiento de infracciones detectadas en el curso de inspecciones, sino que también había de preverse la no realización de inspecciones que venían exigidas preceptivamente con carácter legal. Porque de lo contrario, como acertadamente ponía de manifiesto el Consejo, sería muy fácil mirar hacia otro lado, hacer la vista gorda: si yo no hago la inspección no detectaré la infracción, y por tanto la conducta en cualquier caso será impune. Es lo que se denomina un supuesto de “*willful blindness*” o ceguera voluntaria.

Lo que supone este hecho de dotar de tipicidad a la omisión de inspecciones de carácter preceptivo es trasladar a un segundo ámbito el problema. Me explico: no son muy abundantes las leyes urbanísticas autonómicas que contemplan inspecciones que hayan de realizarse necesariamente. En el caso de Andalucía, que es el que mejor conozco, existe una Dirección General de Inspección y Ordenación Urbanística, que aprueba, con carácter bianual, un plan de inspección, en el cual sí se contienen este tipo de inspecciones que necesariamente han de realizarse. Pues bien, éstas serían las que entrarían en los supuestos de tipicidad del Art. 320.

Y por otra parte, la nueva redacción también va a permitir una configuración más amplia de la concepción del sujeto activo, en la medida en que, lo ponía ya de manifiesto incluso el Consejo en su Informe, va a permitir incluir no solo como sujeto activo al inspector, en cuanto aquel que realiza la inspección, sino todo aquel que colabore o debe colaborar con la inspección, en la medida en que con motivo de la misma tuviera conocimiento de infracciones y las haya silenciado.

Si el primero es el de la rúbrica y el segundo el de las conductas típicas, el tercer ámbito en el que se producen reformas es en el de las penas. Y tanto en un sentido cualitativo como en un sentido cuantitativo. En primer lugar, en relación con las penas de prisión, en el Art. 319.1, las penas que hasta el momento se contemplaban eran entre 6 meses y 3 años. Pues bien, pasan a ser de 1 año y 6 meses a 4 años, es decir, se incrementa tanto el límite inferior como el límite superior. Y en el 319.2, en el que las penas eran entre 6 meses a 2 años, pasan a ser de 1 año a 3 años, aumentando igualmente en ambos aspectos. Pero, quizá, lo más significativo, en cuanto al incremento de las penas de prisión se encuentre en el Art. 320, en la prevaricación urbanística. Ahí, en primer lugar, se mantiene la referencia al Art. 404 del Código Penal para la determinación de la pena; además, se eleva la pena privativa de libertad, que ahora se sitúa en prisión entre 1 año y 6 meses a 4 años. Pero lo que verdaderamente es determinante es que se elimina la alternatividad que hasta el momento existía entre las penas de prisión y las penas de multa, para establecer una relación de conjunción. Hasta el momento basta examinar las bases de datos de jurisprudencia para comprobar que raramente los tribunales hacían uso de la pena de prisión, en los casos de prevaricación: se acudía a la inhabilitación, conforme al 404 y después se imponían penas de multa. En la actualidad, y en la medida en que ello suponía una falta de igualdad inaceptable respecto a las conductas de

los particulares que llevaban a cabo la construcción y la edificación, el legislador ha optado por el establecimiento de la obligación de la imposición conjunta de la pena de prisión y de la pena de multa. El precepto establece, pues, que el autor será castigado con la pena establecida en el artículo 404 y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses

En la pena de multa las reformas vienen fundamentalmente como consecuencia de planteamientos doctrinales que apuntaban que los verdaderos objetivos político criminales con estos tipos se consiguen rompiendo, eliminando el beneficio económico que supone, de una parte la consolidación de la edificación, en la medida en que ésta no sea demolida, y de otra parte las penas de multa, que en muchos casos –por exiguas– pueden computarse como gastos de la propia edificación ilegal. De manera que se optado por, manteniendo el sistema de cuotas multas, establecer también un sistema de multas proporcionales, con arreglo al beneficio obtenido, para aquellos casos en los que aplicando el sistema de cuotas multas éste sea inferior a este otro, es decir, al del beneficio obtenido. Así pues, en el 319, 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.

En relación con las penas de inhabilitación también hay un incremento en cuanto a su gravedad. Hasta el momento, el art. 319, en sus dos apartados, previene la de inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años. Tras la L.O. 5/2010, la pena de inhabilitación pasa a tener una extensión de entre uno y cuatro años en ambos apartados.

Por último, la reforma opera cambios importantes en lo que se refiere a las medidas tendentes al restablecimiento de la legalidad y de la realidad física alterada. Lamentablemente no ha optado el legislador por seguir todas aquellas voces que abogaban por establecer el carácter preceptivo de la demolición en todos los supuestos en los que se condenara por la ejecución de una construcción o una edificación ilegal. Cabe citar el Grupo de Estudios de Política Criminal, pero también el Consejo General del Poder Judicial y la mayor parte de la doctrina. Tal vez ello tenga su lógica en que existen determinados supuestos, bien es cierto que excepcionales, en los que a pesar de que se constate la perpetración de una construcción y edificación ilegal la demolición puede estar fuera de lugar, porque nos hallemos ante uno de esos casos que en la jurisdicción contencioso administrativa se denominan de menor demolición: leve exceso de volumetría o de edificación, o supuestos en los que, como consecuencia de la producción de una modificación, de una innovación del planeamiento, por ejemplo, la edificación sería susceptible de ajustarse a la nueva legalidad urbanística. Pero fundamentalmente la insatisfacción que ha producido hasta el momento la regulación del Art. 319.3 es la interpretación que de la misma se ha hecho por los tribunales, entendiéndola a veces como una especie de facultad discrecional, que les permite, una vez constatada la existencia del delito acordar o no el derribo. Hasta el punto de que se produce una situación enormemente paradójica. Es la siguiente: existe acuerdo en cuanto a que el motivo determinante de la introducción de los delitos urbanísticos en el Código Penal no es –como decía la Exposición de Motivos del Código del 95– “salvar la antinomia existente entre las crecientes necesidades de tutela de bienes jurídicos colectivos y el principio de intervención mínima”, sino más bien salvar la evidente y flagrante ineficacia administrativa a la hora de combatir estas conductas. De manera que, siendo muy frecuente que los tribunales, una vez que optan por condenar por el

artículo 319, no se pronuncien sobre la demolición -ni sí, ni no-, sino que remitan la decisión al respecto a la autoridad administrativa, nos encontramos con esa situación paradójica a la que aludía, de que habiendo sido la ineficacia de la actuación administrativa la que provoca la tipificación de los delitos urbanísticos, los tribunales remiten la decisión sobre el restablecimiento de la legalidad, a aquellas instancias cuya ineficacia provocó que precisamente a ellos se le atribuyera la decisión sobre estas conductas.

Con todo, la reforma ha mejorado la situación. Primero, porque se recoge una referencia expresa al restablecimiento de la realidad física alterada. Ya no solo se habla de demolición sino de restablecimiento de la realidad física alterada, que es un concepto más amplio. Es decir, a veces la realización de obras de construcción llevan aparejadas aterramientos, deforestaciones y otras actuaciones que exigen para el restablecimiento de la realidad física realizar actuaciones distintas del derribo, y ésta es la denominación que precisamente recogen las distintas leyes urbanísticas de forma más o menos similar. Y por otra parte, porque en la medida en que esto se incorpora al Art.319.3, entiendo que supone un reforzamiento de ese carácter preceptivo de dichas actuaciones.

Y por último –ya con esto voy terminando- junto a la demolición se ha establecido la obligación de que los jueces y tribunales deberán acordar el comiso de las ganancias procedentes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran debido experimentar. El Consejo General del Poder Judicial, en su informe al Anteproyecto, recomendó su introducción a fin de prevenir la posibilidad, en buena medida generalizada hoy en día ante la renuencia a acordar la demolición por los Tribunales, de que el beneficio derivado de las construcciones ilegales quede en manos del infractor, con los consiguientes efectos criminógenos y de llamada que ello entraña. Concretamente se decía que *“debería coordinarse la regulación penal con la administrativa, previéndose que cuando el juez no ordene la demolición deberá ordenar el comiso de la construcción”* a fin de conseguir que en ningún caso la infracción urbanística pueda suponer un beneficio económico para el infractor. De esta forma, según acertadamente se razonaba, *“si por el motivo que sea la construcción no puede o no debe ser demolida, el beneficio derivado de ella no puede bajo ningún concepto quedar en manos del infractor, si no se quiere seguir generando los ya conocidos efectos criminógenos de un incorrecto sistema de consecuencias del delito”*. Lo cierto es que algunas voces de la doctrina ya habían reclamado dicha posibilidad (Pózuelo Pérez y Dopico Gómez-Aller, por ejemplo). El argumento es el de que el factor fundamental que explica la persistencia de esta clase de criminalidad, es simple y llanamente que es rentable. El que las construcciones ilegales no sean demolidas, permitiéndole al infractor conservarlas y obtener beneficio vendiéndolas supone que el Estado tolere indebidamente que el autor obtenga beneficios de la delincuencia urbanística. Y de esta forma casi ninguna sanción puede ser efectiva. Por ello, eliminar el exorbitante e ilícito beneficio que produce el delito urbanístico resulta imprescindible.

En realidad, la previsión que ahora se introduce debería resultar innecesaria pues no existe argumento alguno para excepcionar estos delitos del régimen general del comiso (art. 127 y 128 CP) en los casos en que no deba demolerse la edificación ilegal y para prevenir el enriquecimiento injusto (y, en este caso, además, delictivo). Naturalmente, el hecho de que ahora el artículo 319 lo prevea expresamente habrá de despejar cualquier duda al respecto de la procedencia de dicho instituto. Y en la medida en que

se dispone que el comiso lo habrá de ser de las ganancias provenientes del delito *cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*, ello habrá de implicar que cabrá decomisar tanto el valor de la edificación, el dinero obtenido con la venta de ésta, aquellos bienes muebles o inmuebles que hubieran sido adquiridos con ese dinero o incluso la propia construcción. Del mismo modo, conforme dispone el artículo 127.1 CP, se decomisarán los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, como –por ejemplo- la maquinaria y materiales constructivos. Habrá de acudir al comiso por valor equivalente para los casos en que por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los propios bienes (art. 127.2 CP).

Asimismo, ha de recordarse que no obsta al comiso la existencia de terceros de buena fe, con demasiada frecuencia utilizados como argumento para no acordar la demolición, aunque en buena técnica no debería de ser así. Pues bien, la existencia de terceros de buena fe no podrá ser obstáculo para decomisar al autor las ganancias del delito. Por otro lado, como establece el artículo 127.3 CP el juez o tribunal podrá acordar el comiso aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita. Como se ha señalado en la doctrina citada, la ilicitud de la situación patrimonial se refiere al enriquecimiento producido como consecuencia del delito. De manera que ni siquiera la legalización a posteriori de las obras, que obviamente no excluye la tipicidad, impedirá la apreciación del comiso. Ello se deduce del contenido del art. 127, especialmente del apartado 4 y su referencia a las cosas de lícito e ilícito comercio. Del mismo modo, tampoco la prescripción será obstáculo para privar al infractor de los beneficios, efectos y ganancias del delito.

Y termino. También se ha modificado el artículo que prevé en el Art. 339, en sede de disposiciones comunes a todo el título, el que los jueces o tribunales ordenarán las medidas necesarias, a cargo del autor del hecho, para la restauración del equilibrio ecológico perturbado. Hasta el momento esa posibilidad aparecía con carácter facultativo (los jueces podrán ordenar), tras la reforma preceptivamente tendrán que ordenar; de suerte que cuando se trate de construcciones o edificaciones del Art. 319.1, que tiene lugar en suelos especialmente protegidos, por ejemplo, por su valor ecológico o paisajístico, en la medida en que la construcción o la edificación o las obras de urbanización hayan operado un desequilibrio ecológico, por mérito del juego del Art. 339, con el 319.3, será preceptivo que en esos supuestos se acuerde la demolición y restablecimiento de la realidad física alterada. Y con esto termino, muchas gracias.

Coloquio

Intervención

Hola, buenas tardes, casi ya. Enhorabuena, en primer lugar a los cuatro ponentes que han expuesto las ponencias, y en mi caso la pregunta va a dirigida hacia el tema de los delitos urbanísticos. Bien. Me ha parecido entender que lo que se pretende con la reforma es que el bien jurídico protegido, en este caso sea el territorio, y quería preguntar si se considera que con esta nueva redacción queda suficientemente protegido éste, aún cuando pudieran quedar excluidas determinadas actuaciones relativas a obras de construcción, edificación, urbanización, cuando éstas son autorizadas, como, por

ejemplo, puede ocurrir cuando se haya obtenido una previa autorización administrativa, aún cuando ésta luego fuese declarada nula.

También me gustaría decir, en todo caso, que creo que la reforma representa un avance importante en la medida en que se ha superado las diferencias que existían en la redacción anterior entre construcción y edificación, dado que efectivamente creo que ésta ha sido muy criticada por parte de doctrina.

También me ha parecido entender que se supera también lo que era la diferenciación que había entre construcción no autorizada y no autorizable. Pero, queriendo ir aún más lejos, me gustaría saber si en el caso de las construcciones que podríamos decir autorizadas, aún cuando éstas luego pudiesen ser declaradas nulas, se considera que con esta redacción queda suficientemente cubierta.

Y luego hay otro tema, que es de las parcelaciones urbanísticas y legales que, debido a que el Art. 319, en el párrafo 2º, habla siempre de suelo no urbanizable, si se pudiese entender que éstas también quedarían fuera del tipo. Muchas gracias..

Ilmo . Sr. D.Ángel Núñez Sánchez

Bueno, a ver si soy capaz de contestar, porque son muchas cuestiones. En primer lugar, yo no creo que con el cambio de la rúbrica del título se opere una mutación en el bien jurídico, antes bien, lo que considero es que ahora queda mejor precisado. Y bueno, hay distintos planteamientos respecto de cuál es el bien jurídico. Yo considero que se trata de delitos que tienen una naturaleza pluriofensiva y que bajo esa referencia a la disposición ordenada del territorio y el urbanismo se incluyen bienes jurídicos muy diferentes, que van desde la calidad de vida hasta el medio ambiente. Yo creo que ahora la referencia al urbanismo eso queda precisado de forma más correcta.

En cuanto a si se contemplan todos los supuestos, es obvio que no. El que plantea de las construcciones o edificaciones autorizadas es un problema muy complejo, porque alude, por una parte, a los supuestos en los que puede plantearse una prejudicialidad administrativa, respecto de la eficacia de la licencia. Y esto, en los supuestos que se han tramitado en el ámbito, por ejemplo, de la Fiscalía de Málaga han sido numerosísimos y se han resuelto de forma dispar. Ya últimamente sí parece que hay una cierta unanimidad, a partir de alguna sentencia del Tribunal Supremo, en considerar que en ningún caso hay una prejudicialidad devolutiva y una suspensión del procedimiento. Pero, por otro lado, su cuestión atañe al problema que se plantea en la relación que va del Art. 320 con el 319. Es decir, cuando se condena por la concesión de una licencia contraria a la legalidad urbanística o de ordenación territorial y se ha producido la ejecución de la construcción o la edificación que esa licencia autorizaba, si la sentencia que condena por la prevaricación urbanística puede o no acordar la demolición, conforme a 319.3, porque la demolición está en sede del 319, no en sede del 320.

Ahí los planteamientos son muy diferentes. Yo me inclino por considerar que no es posible, por más que en el ámbito de la jurisdicción contenciosa evidentemente la declaración de nulidad deba llevar aparejada la demolición. Pero, yo creo que ésa sigue siendo una de las asignaturas pendientes que tiene la regulación del delito urbanístico actualmente.

Intervención

Yo quería abundar en el delito urbanístico. Ayer el Secretario de Estado hablaba del carácter fragmentario del Derecho Penal, que yo creo que es bueno que se recuerde, porque en los 30 años que llevo en este negocio he visto que se ha ido debilitando y creo que con eso no ha mejorado la calidad del Estado de Derecho. Y sí es verdad que en la actual redacción del Art.320 hay un elemento que me preocupa significativamente, sobre todo si lo unimos a la posibilidad de esta prevaricación atípica, no por resolver sino por informar. El delito urbanístico, se ha dicho, parte del fracaso rotundo de los sistemas administrativos de control, eso está claro, y además no es criticable, en absoluto, pero sí es verdad que se ha introducido, a lo mejor ha sido deliberado o no, no lo sé, y ésa es la pregunta, este concepto genérico de que puedan ser constitutivos de delito urbanístico, tanto el informe como la producción de instrumentos de planeamiento, en general. Ello nos lleva a una situación, en la que el propio planeamiento general o los elementos sustitutivos, como son las normas subsidiarias o el planeamiento especial para determinados sectores, pueden ser parte de la acción típica, con todos los elementos de discrecionalidad de valoración de oportunidad que comporta la jurisprudencia contencioso administrativa en la materia, sobre todo la jurisprudencia que elaboró D. Javier Delgado, a partir del año 90.

Esto nos podría llevar, unido a la prevaricación vía informe, que los instrumentos de planeamiento se someten al informe de distintas estancias preceptivamente, por ejemplo, pues la demarcación de carreteras tiene que informar sobre los puntos de planeamiento. ¿No hubiera sido más lógico hacer una referencia exclusivamente al planeamiento subordinado, que hubiera acotado los supuestos donde realmente se producen las recalificaciones delictivas, que es básicamente, entiendo yo, en los planes parciales, a lo mejor en alguna figura de estudio de detalle? Porque al final, ya que ha salido un par de veces el ejemplo de Marbella nos encontramos con que ciertamente hay un elemento subjetivo de lo injusto, que es la básica expresión a sabiendas de su injusticia, pero eso a efectos de instrucción penal y de pena de banquillo se valora ulteriormente. A lo mejor resulta que alguien puede sostener que ha cometido un delito urbanístico en el actual Ayuntamiento de Marbella, en concurso con la Junta de Andalucía, intentando darle salida a las treinta mil viviendas ilegales que hay en Marbella. No sé si me explico. ¿No hubiera sido más lógico acotar terminológicamente o conceptualmente, o a lo mejor está valorado y yo me estoy equivocando, la posibilidad de comisión delictiva en torno al planeamiento subordinado y no a las figuras de planeamiento general?.

Ilmo. Sr. D. Ángel Núñez Sánchez

Yo estoy totalmente de acuerdo. La referencia a los instrumentos de planeamiento aparece durante la tramitación parlamentaria de la ley, no estaba en el proyecto, y sin duda hubiera sido técnicamente más correcto, porque en eso se estaba pensando, en el planeamiento de desarrollo, evidentemente, haber hecho esa precisión.