

EXAMEN ESPECÍFICO DE LA REFORMA DE LOS *DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL*

Elena M.^a Górriz Royo

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Valencia

Sumario: 1. Valoración de los posibles fundamentos político-criminales de la reforma. 2. Análisis de las concretas modificaciones propuestas. 3. Conclusiones. Nota bibliográfica

1. VALORACIÓN DE LOS POSIBLES FUNDAMENTOS POLÍTICO-CRIMINALES DE LA REFORMA

Con la aprobación, el pasado 14 de noviembre de 2008, de un nuevo *Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* se incorpora una importante propuesta de modificación de los *delitos sobre la Ordenación del Territorio* (art. 319 y 320 CP) que se inscribe, en gran medida, en la clase de legislación “a golpe de escándalo” en la que parece basarse el resto de la reforma penal allí propuesta.

Así en la *Exposición de Motivos* del citado Anteproyecto se justifican las modificaciones que allí se proponen, presentándolas como unas meras “mejoras técnicas” y consistiendo, resumidamente, en que “se amplían las obras ilegales o clandestinas que pueden ser objeto de delito a las de urbanización, construcción o edificación, ya que las obras de urbanización pueden tener un mayor impacto sobre el territorio que las de construcción o edificación, las que además suelen preceder. Asimismo, se incluye en el tipo de prevaricación especial la ocultación de actos ilícitos observados por la inspección, y se agravan las penas en correspondencia con la gravedad de este tipo de conductas.”

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “La libertad como proyecto de convivencia: fundamentación y crisis” del Ministerio de Educación y Ciencia (Nº ref. SEJ 2005-0380).

Como se observa, de la mera dicción de este párrafo puede extraerse que los fundamentos que subyacen a esta reforma, serían básicamente dos: de un lado, *agrar la responsabilidad penal derivada de los delitos sobre la Ordenación del territorio* —aumentando la gravedad de las penas en ellos previstas—; de otro, *adelantar la intervención penal en esta materia* al incluir en los tipos penales propuestos, conductas que en la actualidad quedan fuera del ámbito de aplicación de los arts. 319 y 320 CP.

Lo cierto es que estas concretas iniciativas de modificación previstas respecto a los delitos sobre la Ordenación del Territorio son, en su mayoría, tributarias de otros trabajos de reforma precedentes y, en líneas generales, presentan escasas novedades con respecto a los mismos (véase *Proyecto de Código penal publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 15 de enero de 2007*, asimismo basado en el *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modificaba la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal*, aprobado por el Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2006). Podría incluso afirmarse que no son más que propuestas de modificación de poco calado. Pero suficientes para lograr transmitir mediante ellas, a la ciudadanía, la sensación de preocupación por parte de las instituciones públicas, para atajar una problemática verdaderamente acuciante en los últimos tiempos y que ha causado alarma social en nuestro país debido a los múltiples escándalos urbanísticos que se han destapado con amplia difusión mediática. Es decir, *los cambios propuestos en la legislación penal relativa a la ordenación del territorio son suficientes para desplegar la eficacia meramente simbólica que parece caracterizar este nuevo paquete de reformas penales*.

Como acabo de indicar, la situación de corrupción y desorden urbanístico en nuestro país es preocupante y, muy probablemente, requerirá una mayor atención desde instancias jurídicas en los años venideros. En efecto, la problemática urbanística heredada de los años precedentes, exige una *respuesta eficaz* por parte de los poderes públicos. Ahora bien, habría que cuestionar, primeramente, si dicha res-

puesta puede y debe proceder principalmente del Derecho penal o ha de realizarse desde instancias previas que aborden la complejidad de todos sus aspectos, sin recurrir al instrumento más grave del que dispone el Estado para limitar los derechos de los ciudadanos.

Conviene justificar estas objeciones en un *breve análisis de la corta historia de la aplicación de estos delitos en nuestro país* hasta la actualidad. En efecto, como es sabido, el Código penal de 1995 realizó una arriesgada apuesta introduciendo “ex novo” los delitos sobre la Ordenación del Territorio por primera vez en un texto penal de nuestro país. Bien es cierto que existían ya, en la experiencia comparada, delitos en materia de urbanismo, y su introducción venía siendo demandada por la doctrina penal, desde las propuestas de reforma penal articuladas en los años 80 en nuestro país (*Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980 y Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983*). Sin embargo, los delitos sobre la Ordenación del Territorio finalmente introducidos en el Código penal de 1995 no tuvieron un parangón exacto con los delitos previstos en esta materia, en los países de nuestro entorno jurídico.

De manera que el reto afrontado al introducir esta delincuencia en el Código penal de 1995 fue doble: de un lado porque hubo que justificar la novedad de prever estos delitos en el contexto de los delitos contra intereses medioambientales (Título XVI) ampliando así notablemente la tutela penal ofrecida a bienes jurídicos de corte colectivo como es el “medio ambiente”; de otro, porque no existía una experiencia ni precedentes en la aplicación de delitos similares en otros ordenamientos penales, más proclives a incluirlos en la legislación administrativa (concretamente en *leyes especiales* sobre urbanismo como sucede en Italia o Francia) o a castigar específicos atentados contra el territorio, sólo si asimismo suponen concretas ofensas al medio ambiente (caso del *StGB* alemán).

La novedad que la inclusión de estos delitos comportó en el doble sentido expuesto, suscitó que incluso antes de la aprobación del Código penal de 1995 fuese criticada, porque,

evidentemente, suponía una ampliación de la intervención penal a ámbitos que hasta entonces sólo eran propios del Derecho administrativo concretamente, urbanístico.

Frente a las críticas de vulneración del *principio de "ultima ratio" del Derecho penal* por la inclusión de estos delitos, el legislador ofreció una explicación, en principio, convincente al manifestar con sinceridad su propósito de afrontar, con la introducción de los mismos, "...la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez figuras delictivas que han perdido su razón de ser. En el primer sentido, merece destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio..." (Punto segundo de la Exposición de Motivos del Código penal de 1995).

Puede decirse que, en efecto, la previsión que el legislador penal de 1995 realizó para dotar a la sociedad de modernos instrumentos penales con los que combatir una clase de delincuencia como es la urbanística, en aquel momento incipiente, dio sus frutos a la vista de los numerosos casos de corrupción y abusos urbanísticos que salieron a la luz a finales de los noventa y principios de este siglo, como muestran los estudios criminológicos realizados hasta tiempos recientes, en relación —entre otros lugares— con la Costa del Sol, con el litoral levantino, etc..

Como sucediera con respecto a otros delitos de "nuevo cuño" como el llamado "delito ecológico", en principio la jurisprudencia de nuestro país se mostró reacia a la aplicación de los artículos 319 y 320 CP. No puede, sin embargo, obviarse que tras plantearse y discutir en sede jurisdiccional las múltiples dificultades interpretativas que han suscitado la mayoría de los términos y remisiones normativas sobre los que se configuran los delitos allí previstos (v.gr. el carácter común o especial de estos delitos en atención al sujeto activo, la delimitación de las remisiones "no autorizado"/"no autorizable", etc...), en la actualidad éstos vienen delimi-

tándose, ante nuestros tribunales, de forma más homogénea y sobre parámetros más estables, todo lo cual permite apreciar una mayor seguridad jurídica en su aplicación.

Como consecuencia de este breve repaso, puede extraerse que, frente a las críticas a estos delitos en el sentido de que constituían el paradigma del llamado fenómeno de "expansión del Derecho penal" o de ser exponente del llamado "Derecho penal simbólico", pudo oponerse la realidad criminológica de aquel momento que, como sabemos, se caracterizaba por la proliferación de multitud de infracciones urbanísticas durante la llamada "época prodigiosa del urbanismo" en nuestro país, es decir, desde mediados de los noventa hasta, aproximadamente, el año 2006. La persecución de las infracciones urbanísticas, generalizadas en aquella época, se acometió —y se sigue haciendo— en sede jurisdiccional cada vez con mayor intensidad, a medida que se consolida un entendimiento estable de estos delitos ante nuestros tribunales.

Así las cosas, en contraste con este panorama de años anteriores, han de tenerse en cuenta *algunos datos* que caracterizan el *nuevo escenario de la realidad sociológica de nuestro país vinculada al urbanismo*: en primer término, la llamada "época dorada" del urbanismo español ha tocado a su fin, lastrada, como es bien sabido, por la explosión de la denominada "burbuja urbanística" que ha contribuido, entre otros factores, a configurar el contexto de crisis económica en el que estamos instalados. En consecuencia con lo anterior, en segundo lugar, la demanda de viviendas —nuevas y de segunda mano— ha disminuido estrepitosamente hasta el punto de que las mayores dificultades del amplio sector de la población de nuestro país afectado por la actual crisis económica, están vinculadas, directa o indirectamente, a la imposibilidad para afrontar las hipotecas generadas en aquella época de "esplendor" urbanístico.

Por otra parte, en el ámbito legislativo ha de destacarse la entrada en vigor de recientes leyes dictadas en materia urbanística, particularmente, la *Ley estatal 8/2007, de 28 de mayo*,

de Suelo (BOE del 29 de mayo). A diferencia de leyes anteriores, en ésta *sí se asume la tutela de los aspectos medioambientales implicados en la ordenación del territorio*. Incluso se ha podido constatar que estamos ante una ley que fomenta la intervención pública sobre la propiedad del suelo y, por ende, la acción urbanística dirigida desde la Administración, dejando en un segundo plano las facultades del propietario, para dotar de mayor protagonismo a derechos constitucionales como el derecho a una vivienda digna y a la protección del medio ambiente. Con respecto a las *situaciones del suelo*, dicha ley introduce como importante novedad, la distinción entre dos situaciones básicas: el *suelo urbano y el suelo rural* (art. 12.1), atribuyendo a éste último en su totalidad, *valor ecológico o ambiental* (art. 13). Como última novedad importante, interesa señalar que frente a lo previsto por la *Ley 6/1998 sobre Régimen del Suelo y Valoraciones de 1998* (art. 10) donde la regla general era otorgar la consideración de suelo urbanizable a todo aquel que no tuviera condición de urbano o no urbanizable, la *Ley 8/2007* adopta una nueva orientación en tanto establece que *será considerado suelo rural todo aquél que no reciba la consideración de urbanizable* (art. 12.2 b) *in fine*.

Estas modificaciones en el ámbito administrativo permiten advertir un cambio en la orientación de los instrumentos estatales que regulan los usos y la ordenación del territorio, alzaprímado ahora los intereses ambientales y de desarrollo urbano sostenible en lugar del interés en un mayor desarrollo del sector inmobiliario. Es de esperar que las respectivas legislaciones autonómicas vayan progresivamente acompañándose a esta nueva orientación de la legislación del suelo estatal. Por todo lo cual puede afirmarse que en el ámbito administrativo se están articulando y poniendo en marcha nuevos instrumentos de defensa y tutela de la ordenación del territorio, aunque aún sea demasiado pronto para constatar su eficacia.

Si admitimos que, a grandes rasgos, estos factores condicionan la actual situación del mercado inmobiliario y del urbanismo en nuestro país, conviene dejar apuntadas algu-

nas cuestiones que al menos, de cara a la introducción de una reforma penal en esta materia, habría que plantearse: ¿es razonable deducir, de todo ello, un previsible aumento del número de viviendas en el mercado inmobiliario a corto y largo plazo? Y en consecuencia ¿la comisión generalizada de ilícitos urbanísticos va a seguir produciéndose, en el corto y largo plazo, en el sector de la construcción sumido, en la actualidad, en una profunda crisis?

A colación de estas cuestiones y, por obvio que parezca, interesa ahora destacar un postulado que informa el Derecho penal y no es otro que la *prohibición de irretroactividad de las normas penales no favorables*. Teniendo en cuenta que esta exigencia derivada del *principio de legalidad* (art. 9.2 y 25.2 CE), impone la no aplicación de las leyes penales desfavorables o restrictivas para los derechos del reo, a los hechos que éste haya cometido con anterioridad a la entrada en vigor de las mismas; y, considerando que una de las modificaciones en materia de delitos sobre la Ordenación del Territorio consiste, precisamente, en el aumento de las penas privativas de libertad, parece claro que esta propuesta contiene una *legislación penal posterior más gravosa*. Y por ende, sólo se podrá aplicar a los ilícitos urbanísticos cometidos a partir del momento en que, en su caso, entre en vigor el Anteproyecto que ahora comentamos. Por consiguiente, salvo en el improbable caso de que la reforma de los arts. 319 y 320 CP favoreciera en algo al reo, ésta ya no podría aplicarse a los supuestos de “escándalos urbanísticos” que parecen haber motivado la nueva propuesta de modificación de la legislación penal en materia de protección de la Ordenación del Territorio.

A ello hay, por último, que añadir que, si admitimos como probable que la situación de crisis por la que atraviesa el urbanismo y el mercado inmobiliario en nuestro país no permite albergar un pronóstico de incremento de las infracciones urbanísticas —por razones obvias—, de ello se seguiría que una de las posibles motivaciones para la justificación de esta reforma en materia de urbanismo —la

mayor *eficacia* en la persecución de estos ilícitos— quedaría en entredicho.

Sentada esta valoración general de la fundamentación político-criminal sobre la que pueda basarse la propuesta de reforma del Código penal en materia de delitos sobre la Ordenación del Territorio, procede analizar, a continuación, las principales modificaciones contempladas en el texto del citado Anteproyecto.

2. ANÁLISIS DE LAS CONCRETAS MODIFICACIONES PROPUESTAS

Como se ha comentado al analizar la justificación dada en la Exposición de Motivos, a las reformas que en el *Anteproyecto de Código Penal de 2008* se proponen al Capítulo I del Título XVI del actual Código penal (arts. 319 y 320 CP), éstas comportan, resumidamente, un *aumento de las penas* previstas para los delitos sobre la ordenación del territorio así como la *introducción de nuevas modalidades de conducta en los delitos de los arts. 319.1 y 2 y 320.1 CP*. A lo anterior habría que añadir —aun cuando no se cita en la Exposición de Motivos—, la *novedosa iniciativa de responsabilizar directamente a las personas jurídicas que cometan alguno de los delitos sobre la Ordenación del Territorio* (art. 319 CP en el apartado 4º propuesto).

Estas reformas se contemplan en los *apartados quincuagésimo segundo, quincuagésimo tercero, quincuagésimo cuarto y quincuagésimo quinto* del Anteproyecto de Ley Orgánica para la modificación del Código penal de 1995 (en adelante, ACP de 2008) que ahora analizamos y a los que se dirigen los siguientes comentarios:

De entrada, destaca que en el ACP de 2008 (*apartado Quincuagésimo segundo*) el legislador haya previsto **modificar la propia rúbrica del Título XVI** para añadir una referencia al *urbanismo* que antes no existía, de modo que pasaría a intitularse: “De los delitos relativos a

la ordenación del territorio y *el urbanismo*, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente” (cursiva añadida).

Asimismo el *apartado Quincuagésimo tercero del ACP de 2008* prevé que la **rúbrica del Capítulo I** de dicho Título XVI pase a denominarse “De los delitos sobre la ordenación del territorio y *el urbanismo*” (cursiva añadida).

Puede pensarse que con la iniciativa de añadir el término “urbanismo” en estas rúbricas el legislador ha tratado de enfatizar la “*ratio legis*” que informa, respectivamente, el Título XVI y, particularmente, el Capítulo I, ahora cualificado por la referencia al “urbanismo”. Si ello es así, probablemente, estemos ante una contradicción con trascendencia, en su caso, en el ámbito teórico e interpretativo. Es decir, si como suele admitirse entre la doctrina penal, las rúbricas de los Títulos y Capítulos del CP permiten extraer la aludida *finalidad objetiva de las normas* que albergan, o incluso referencias a los bienes jurídicos que en ellas se tutelan, no se entiende muy bien la propuesta de introducir la referencia al “urbanismo”. Porque si admitimos que el resto de referencias de la rúbrica del Título XVI (a la ordenación del territorio, al patrimonio histórico y al medio ambiente) aluden al “*nomen iuris*” de los bienes jurídicos respectivamente tutelados en los Capítulos I, II y III del Título XVI y si aceptamos, como la doctrina penal especializada viene entendiendo, que el “urbanismo” no es tanto el bien jurídico tutelado cuanto, por lo general, *el medio de ataque a la correcta Ordenación del territorio* —de ahí las constantes alusiones a los “delitos urbanísticos”— no se entiende por qué haya de hacerse referencia a dicho término en las rúbricas indicadas.

Es decir, desde la perspectiva de la interpretación teleológica —o realizando una interpretación que atiende al fin último objetivamente protegido por las normas del Capítulo I y del Título XVI—, no puede afirmarse que el “urbanismo” constituya, en sí mismo, un bien jurídico penal comparable a la “Ordenación del Territorio”, el “Patrimonio Histórico” y el “Medio ambiente”. Más aun, suele admitirse unánimemente entre la doctrina penal que son

precisamente las técnicas urbanísticas (obras, construcciones, edificaciones, etc.) los medios de agresión a aquellos otros bienes jurídicos.

¿Qué se ha pretendido, por tanto, con la propuesta de introducción de la referencia al “urbanismo” en dichos títulos?

A mi modesto entender, dicha propuesta podría enturbiar el entendimiento doctrinal bastante asentado, por cierto, en la jurisprudencia penal y que además está en consonancia con las últimas reformas en el ámbito administrativo introducidas por la citada Ley del Suelo de 2007, en la que —como se ha indicado— el legislador parece hacer prevalecer la tutela de una ordenación sostenible del territorio por encima de otra clase de intereses urbanísticos e inmobiliarios.

Si bien es cierto que desde un punto de vista muy amplio el macro concepto administrativo de la “Ordenación del Territorio” incluiría —en sentido descendente— al “urbanismo”, no lo es menos que desde el ámbito penal se ha apelado al carácter autónomo de este sector del ordenamiento jurídico para acotar aquél amplio entendimiento de la Ordenación del Territorio y circunscribirlo, a los solos efectos penales, a intereses medioambientales y valores derivados de los suelos y lugares previstos en el art. 319 CP.

De lo anterior se sigue que, en definitiva, la propuesta de introducción del término “urbanismo” en los citados títulos podría responder a una de las siguientes razones: o bien se trata de formalizar el bien jurídico protegido penalmente en los arts. 319 y 320 CP, identificándolo con la mera “legalidad urbanística”; o bien se parte de un entendimiento desenfocado de las relaciones entre los conceptos “Ordenación del Territorio” y “urbanismo” en nuestro ordenamiento jurídico.

Si esto fuera así, la propuesta de introducir la referencia al “urbanismo” en aquellos títulos merece, en mi modesta opinión, ser rechazada porque podría desembocar en un entendimiento de estos delitos como ilícitos puramente formales o, como mínimo, introduciría confusión a la hora de aclarar cuál es el bien

jurídico protegido, fundamentalmente, en los delitos del art. 319 CP; propiciando, probablemente, una discusión estéril en tanto referida a un elemento del delito cuya delimitación, al menos en la doctrina jurisprudencial más reciente, resulta cada vez más pacífica.

Podría, por otro lado, haberse aprovechado esta reforma para proponer alguna modificación que sí viene siendo reivindicada doctrinalmente con relación a los citados títulos y que, en concreto, consiste en aludir, en el Título XVI, a los delitos relativos a “..la protección...” de la Ordenación del territorio, etc. Y en el Capítulo I citado, sustituir la genérica referencia a “sobre” (Delitos *sobre* la Ordenación del Territorio) por “contra”. Ambas iniciativas contribuirían, en efecto, a evidenciar que lo que se tutela es el interés colectivo denominado “Ordenación del Territorio” (vid. en este sentido, por ejemplo, la “Propuesta Alternativa al Tratamiento de la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas”, del *Grupo de Estudios de Política Criminal en abril de 2008*).

En segundo lugar, nos centraremos en las **nuevas modalidades de conducta** que, según los apartados *Quincuagésimo cuarto y Quincuagésimo quinto del Anteproyecto de 2008*, se prevé introducir en el articulado del Código penal. En términos generales, éstas *se refieren respectivamente, tanto a los delitos sobre la ordenación del territorio* (art. 319 CP) *como a las prevaricaciones urbanísticas* (art. 320 CP).

Así con respecto a los **delitos del art. 319 CP** las conductas típicas se ven modificadas, al preverse el castigo de: “...llevar a cabo *obras de urbanización*, construcción o edificación...” (apartados 1º y 2º art. 319 CP, con cursiva añadida).

El efecto de esta propuesta es, en primer término, *ampliar las modalidades de conducta típicas allí contempladas*, pues la acción típica “llevar a cabo” ya no se proyecta sobre “la construcción” y “la edificación”, como ahora se desprende, respectivamente, del apartado 1º y 2º del art. 319 CP; sino que al proponerse introducir la expresión “obras de ...” parece

que ello afecte no sólo a la nueva referencia a la “urbanización”, sino también a la “construcción” y a la “edificación.” Y por ende la acción “llevar a cabo.” recaería, en los delitos del apdo. 1º y 2º art. 319 CP, sobre “..las obras de urbanización, construcción o edificación”.

Con todo ello parece que se lograrían dos objetivos: primero *ampliar el ámbito de la tipicidad* a actuaciones previas a la edificación y a la construcción y segundo *igualar la acción típica* de los delitos de los apartados 1º y 2º del art. 319 CP.

La ampliación del ámbito de lo punible que la introducción de nuevas modalidades de conductas en el art. 319 CP produciría, merece, a mi modo de ver, un juicio negativo.

En principio, merced a dicha reforma, con la referencia a “obras de urbanización, construcción o edificación” se abarcaría —como en la propia Exposición de Motivos se declara—, supuestos de obras que, por lo general, suelen preceder a las de “construcción” y “edificación”. Es decir, serían punibles casos de meras “obras” —término más genérico y amplio que los de la construcción y edificación—, y por tanto, supuestos hasta ahora únicamente punibles, en su caso, como tentativa de estos delitos (v. gr. colocación de cimientos o paredes provisionales, delimitación del terreno, colocación de mojones etc.). Es cierto que con la introducción de dicha referencia se favorece una interpretación según la cual tendrían cabida en estos delitos los supuestos de “parcelaciones ilegales”. Esto es, casos graves de ilícitos urbanísticos, en la actualidad sancionados por el Derecho administrativo urbanístico pero que, según los delitos vigentes, quedan fuera del ámbito penal, al producirse, por lo general, en la fase previa, a “llevar a cabo una construcción” o “una edificación.”

Sin embargo, esta referencia a las “obras de...” plantea, asimismo, algunos otros interrogantes. Por una parte, no queda claro si dicha expresión afecta sólo a las “...urbanizaciones” o también a las “construcciones” y “edificaciones”. Por otra, en el caso en que esta última opción interpretativa fuera la adecuada, habría

que admitir el entendimiento de que las actuales “construcciones” y “edificaciones” forman parte del concepto más genérico de “obras de urbanización”. Por último —y en consonancia con esta posible interpretación— resultaría redundante la referencia a “edificación” pues, como viene siendo admitido unánimemente, esta clase de obra puede incluirse en el concepto de “construcción.”

Frente a las dudas expuestas, la teórica “ventaja” que se lograría con la introducción del término “obras de urbanización...” es la ampliación del ámbito de lo punible respecto a estos delitos. Con otras palabras, el Derecho penal podría intervenir en los momentos iniciales de la ejecución de la actividad urbanística.

No obstante, parece que con la consecución de este hipotético “logro” se olvidan, por otra parte, los costes de esta propuesta de ampliación de las modalidades de conducta, *en términos de seguridad jurídica*.

Y ello no sólo por las dudas más arriba planteadas acerca de cómo interpretar, en adelante, la referencia “obras de...” sino también porque habría que desechar el consenso alcanzado, doctrinal y jurisprudencialmente, para delimitar el sentido de las acciones típicas de los delitos del art. 319 CP. En efecto, puede decirse que si ha habido algún aspecto en relación con estos delitos que ha logrado aglutinar un nivel importante de consenso es el esclarecimiento del sentido de las conductas típicas “llevar a cabo...” —respectivamente— una construcción (apdo. 1º) o una edificación (apdo. 2º). Prácticamente la mayoría de sentencias recaídas en esta materia y emanadas de las distintas Audiencias Provinciales coinciden en admitir que estamos ante *delitos de mera actividad* y reiteran un mismo significado para los términos “construcción” y “edificación” (véase desde las iniciales sentencias que consideraban estos términos como “conceptos jurídicos indeterminados” v.gr. SAP de Palencia de 17 de mayo de 1998, FJ 2º; hasta las posteriores resoluciones en que se afianzó un significado estable de los mismos. *Vid.* entre otras muchas, las SSAP de Palencia de 10 de marzo de 1999, FJ 2º; de

Alicante de 21 de junio de 2001, FD 1º y de Jaén de 18 de enero de 2007, FJ 1º). Dicho entendimiento ha sido incluso manejado por el TS (vid. STS 1182/2006 de 29 de noviembre, ponente: Ramos Gancedo; F.D.5º) en consonancia, todo ello, con la interpretación de estos términos que realiza la doctrina penal especializada en la materia.

Como es sabido, los sentidos comúnmente aceptados de las conductas “llevar a cabo una construcción” y “llevar a cabo una edificación” contribuyeron a fijar el *inicio de la ejecución* de los delitos del art. 319 apdo.1º y 2º CP y, por ende, el momento de la *consumación* y de la *tentativa* respecto a los mismos.

Sin embargo, parece que, en el contexto de esta nueva reforma, el consenso alcanzado en el significado de estos elementos del delito y —lo que es más importante— la *seguridad jurídica* que con ello se había logrado en sede jurisdiccional para la aplicación de los mismos, ha de quedar postergada frente a la “*ventaja*” de *ampliar el ámbito de lo punible* merced a la introducción de las nuevas modalidades de conducta propuestas en los apdos. 1º y 2º art. 319 CP.

No contiene, sin embargo, la reforma ninguna propuesta referida a la necesidad de actualizar las conductas típicas a la vista de las novedades previstas en las leyes administrativas del Suelo recientemente aprobadas. Como es la citada *Ley estatal 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo* que, como se ha indicado, ya no emplea la técnica de la clasificación del suelo ni por ende alude al “suelo no urbanizable” —que sigue previniéndose en el art. 319 CP— sino a la situación básica del “suelo rural”. Planteándose así un verdadero problema interpretativo en tanto habrá que dilucidar si, a efectos penales, se puede equiparar el significado de los conceptos “suelo no urbanizable” y “suelo rural” o equivalentes en las legislaciones de las comunidades autónomas (allí donde existan).

Tampoco se ha aprovechado esta propuesta de reforma para incidir en uno de los problemas más capitales suscitados a raíz de estos delitos como es su consideración como *delitos*

comunes o especiales en atención a los sujetos activos “promotores, constructores o técnicos directores...” Bien es cierto que esta cuestión parece en los últimos tiempos zanjada, habida cuenta de la mayor aceptación de la línea jurisprudencial también apoyada por un sector de la doctrina penalista y según la cual, estamos ante *delitos comunes*. En este sentido se pronunció de manera decisiva la STS de 26 de junio de 2001 (Sala 2ª nº 1250/2001). Sin embargo, no puede decirse que estemos antes una cuestión cerrada por completo al debate; o, cuanto menos, podría darse cauce legislativo a esta reiterada interpretación doctrinal y jurisprudencial para conciliar así mejor el art. 319.1 y 2 CP con el postulado de legalidad, introduciendo una referencia más clara a los sujetos activos como sujetos indiferenciados o no cualificados (vid. en este sentido, de nuevo, la Propuesta Alternativa al Tratamiento de la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas”, del *Grupo de Estudios de Política Criminal en abril de 2008*, donde se alude a “..quien promueva, dirija técnicamente o lleve a cabo.”).

Por último con respeto a los delitos del art. 319 CP, ha de destacarse la *elevación de la pena privativa de libertad* que se prevé introducir. Así los del apdo.1º art. 319 CP pasarían de castigarse con seis meses a tres años, a conminarse con pena de prisión de *un año y seis meses a cuatro años*. Mientras que el delito del apdo.2º ya no se castigaría con pena de prisión de seis meses a dos años, sino con la de *uno a dos años*.

La propuesta de aumento de la pena de prisión en el *límite máximo* del delito del apdo.1º art. 319 CP a 4 años, y la fijación del *límite mínimo* de dicha pena en 1 año, para el delito del apdo.2º art. 319 CP parece que, asimismo, obedece al propósito declarado en la Exposición de Motivos y relativo a agravar el régimen de responsabilidad por estos delitos, con las objeciones que ello plantea desde los presupuestos anteriormente apuntados.

Llama la atención, sin embargo, el que penas como la de *multa* y la de *inhabilitación especial* no han sido modificadas a pesar de que,

en muchos casos, se ha demostrado su eficacia respecto a estos delitos, en términos de prevención general.

En otro orden de cosas, la reforma tampoco se hace eco de la polémica doctrinal acerca del carácter obligatorio o facultativo de la medida de demolición prevista en el apartado 3º del art. 319 CP. Cuestión que, si bien en atención al principio de legalidad, parece que ha de resolverse admitiendo el carácter potestativo de la misma (“...los Jueces o Tribunales, motivadamente, *podrán ordenar* (...) la demolición de la obra...”), viene siendo sometida a revisión, con frecuencia, por un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia —“menor”— que ha abordado esta problemática, a la vista de los indiscutibles efectos preventivo-generales que la demolición despliega y ante la pasividad que la Administración viene demostrando en su aplicación.

A mi modo de ver, esta clase de *medidas tendentes a restablecer la legalidad urbanísticas*, así como otras, por lo general olvidadas en las sucesivas propuestas de reforma en materia de delitos sobre la Ordenación del Territorio (v.gr. reposición y reparación del orden urbanístico conculcado) *son las que pueden desplegar una verdadera eficacia contramotivadora* —en muchas ocasiones, puede que incluso mayor que la pena de prisión—, frente a los potenciales infractores de la correcta Ordenación del territorio.

Para finalizar con el **art. 319 CP**, el Anteproyecto CP de 2008 propone introducir un **apartado 4º** en el que se contempla la posibilidad de *imputar responsabilidad penal directa a las personas jurídicas actuantes en urbanismo*, dado que dispone lo siguiente:

“En los delitos previstos en este artículo, cuando el delito se hubiere cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa del tanto al duplo del perjuicio causado. Además podrá imponerse la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito por un período de uno a tres años.”

El comentario que merece este precepto ha de estar, necesariamente, conectado con la amplia *problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas* y, por ello mismo, no considero que sea de este lugar. Baste con indicar al respecto que, si entra en vigor lo previsto en el art. 31 bis) del Anteproyecto de CP de 2008, sería la primera vez que, en nuestro ordenamiento penal, se contemplara la posibilidad de responsabilizar *de forma directa* a las personas jurídicas, en los casos en que en el Código penal se indique expresamente (apdo.1º art. 31 bis) Anteproyecto CP 2008). La cláusula ahora contemplada en el art. 31 CP vigente, se ampliaría notablemente, estableciendo, asimismo, un sistema de “*numerus clausus*” para su aplicación a concretos delitos expresamente señalados por el legislador. Así, la posibilidad de inculpar penalmente, de forma directa, a personas jurídicas ha sido propuesta en el citado apdo.4º art. 319 CP para los delitos del art. 319 CP. En consecuencia, la exigencia de responsabilidad penal directa a personas jurídicas podría ser un instrumento para luchar contra las llamadas “*sociedades fachada*” bastante frecuentes en casos de escándalos urbanísticos, como por ejemplo, en la trama de corrupción destapada en Marbella.

Por lo que toca a la reforma prevista para el delito del **art. 320.1 CP**, se contempla en el *apartado Quincuagésimo quinto* del Anteproyecto CP de 2008. En consonancia con las iniciativas de modificación precedentes, también en este precepto se propone *ampliar las conductas típicas del delito allí contemplado*. Esto es, en relación con la prevaricación urbanística realizada por el funcionario que informa a favor, en esta reforma se propone que el objeto de dicho informe no sólo sean los “*proyectos de edificación*” —ya previstos en la actualidad— sino también proyectos de “*urbanización o... construcción*”; y, por último, también se castiga el informe de la concesión de licencias, siempre que todos los dichos informes sean contrarios a las “*normas de ordenación territorial*” o —como ya se dice— a las normas urbanísticas vigentes. Se amplía, por tanto, el ámbito de aplicación del precepto a *conductas consistentes*

en informar proyectos de “urbanización y construcción”, en lo que parece ser un propósito del legislador por coordinar dicha prevaricación, a la propuesta de reforma introducida en el delito del art. 319 CP.

Precisamente por ello, considero que esta propuesta de ampliación del ámbito de lo punible merece similares críticas a las vertidas con anterioridad.

Las mismas objeciones se plantean, en consecuencia, para admitir la elevación de la pena de prisión prevista que pasaría a ser de *uno a tres años* para los delitos del apdo. 1º y 2º del art. 320 CP, si bien en la actualidad es de seis meses a dos años.

Asimismo, otra importante novedad prevista en el apartado 1º del art. 320 CP es la adición de una *nueva modalidad de prevaricación urbanística* realizada por el funcionario o autoridad que “...con motivo de inspecciones hubiere silenciado la infracción de dichas normas...” Como a nadie se le oculta, esta nueva modalidad es fiel reflejo de la ya contemplada en materia de medio ambiente, en el art. 329.1 CP. En atención a este último precepto, la doctrina penal se había manifestado reiteradamente a favor de extender lo allí previsto mediante una figura específica y similar para los delitos sobre la Ordenación del Territorio. En términos generales, doctrina y jurisprudencia coincidían en criticar la no previsión de esta modalidad omisiva al resto de prevaricaciones específicas (arts. 320 y 322 CP). Pues bien, pudiera ser que el pre-legislador penal de 2008 hubiera atendido a estas demandas doctrinales y, en consecuencia, hubiera previsto expresamente una modalidad omisiva en el ámbito urbanístico.

En mi opinión, es esta una propuesta que, al menos provisionalmente y desde la perspectiva de la congruencia, merece ser acogida pues viene claramente fundamentada en las reivindicaciones doctrinales y en la experiencia en el ámbito administrativo y en sede jurisdiccional habida cuenta de la importancia que, para con-

servar una adecuada ordenación del territorio, adquiere la función de *inspección urbanística* como medio de control y preservación de la legalidad urbanística.

3. CONCLUSIONES

Con las reflexiones anteriormente planteadas, meramente se han querido indicar los riesgos y dificultades que pueden surgir a raíz de la entrada en vigor de las reformas propuestas en materia de delitos sobre la Ordenación del territorio por el Anteproyecto CP de 2008. Si bien es cierto que estos delitos inciden en un sector de la actividad, hasta tiempos recientes, muy sensible a la corrupción y expuesto a frecuentes conductas infractoras por parte de los particulares, entre los motivos para su reforma, habría de tenerse en cuenta tanto un análisis sociológico y criminológico de la etapa histórica actual, como consideraciones puramente jurídicas que atañen a los riesgos de modificar una legislación sobre la que, sólo en tiempos recientes, empezaba a alcanzarse una aplicación uniforme y homogénea ante los tribunales, tras superar un periodo de difícil encaje en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico-penal. Sin olvidar las exigencias de necesaria armonización, en la medida de lo posible, de la legislación penal y administrativa en materia de Ordenación del Territorio.

En todo caso, dichos riesgos no están fundados en un afán por “petrificar” nuestra legislación penal sino en la inexistencia de fundamentos político-criminales razonables para justificar la reforma de los delitos del art. 319 CP, más allá de motivos de “alarma social” o “escándalo público” que nunca debieran impulsar las reformas penales.

En definitiva pues, también en la reforma de los delitos sobre la Ordenación del territorio (arts. 319 y 320 CP) debería primar el interés por garantizar la seguridad jurídica en su aplicación, en sede jurisdiccional.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ACALE SÁNCHEZ, M.:

- *Los delitos urbanísticos*, Barcelona, 1997.

- “Tratamiento de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007”, en *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, Procesal y Penitenciario*, núm.38, año IV, mayo, 2007.

BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos*, Barcelona, 2007.

CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (Doctrina y jurisprudencia)*, Barcelona, 1999.

CONDE-PUMPIDO TOURON, C., “Los delitos urbanísticos o relativos a la ordenación del territorio”, en *Empresa y Derecho penal* (dir. BAJO FERNÁNDEZ, M.) *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., en “Medio ambiente, urbanismo y edificación: de la política de la Unión Europea al Código Técnico de la edificación y a la nueva Ley del Suelo” en *RDUMA*, nº 41, 2007, nº.235.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª ed., Valencia, 1997.

GÓRRIZ ROYO, E.:

- *Protección penal de la Ordenación del Territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, Valencia, 2003.

- *Los delitos de prevaricación urbanística*, Valencia, 2004.

- “Omisión y tolerancia administrativa en Derecho penal del medio ambiente” *Revista derecho y proceso penal*, 2005,-2, nº. 14.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “La prevaricación urbanística” en *La protección de la ordenación del territorio en Galicia*, Xornadas nº 9, Segunda época, Xunta de Galicia, 2008.

PAREJO ALFONSO, L.:

- “La ordenación territorial y urbanística en el contexto de la política económica y social del Estado”, en *Documentación Administrativa* núm.271-272 (enero-agosto 2005).

- *La disciplina urbanística*, Madrid, 2006.

-/ ROGÉ FERNÁNDEZ, G., *Comentarios a la Ley del Suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo)*, Madrid, 2007.

POZUELO PÉREZ, L.: “La delincuencia urbanística” en DOPICO GÓMEZ-ALLER/MARTÍN LORENZO/ ORTIZ DE URBINA/POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho Penal de la Construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, Granada 2006.

SILVA SÁNCHEZ, J-M.-, “¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español”, en *Actualidad Penal*, nº23, 1998.

* Propuesta Alternativa al Tratamiento de la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas”, del *Grupo de Estudios de Política Criminal en abril de 2008* (vid. www.gepc.es).

Fecha de recepción de originales: 28 de noviembre de 2008

Fecha de aceptación de originales: 1 de diciembre de 2008