

**Alejandro Javier
Criado Sánchez**
Presidente
de la Fundación
Fydu, Abogado

EL DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO TRAS LA LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

RESUMEN

La Ley Orgánica 5/2010 de reforma del código penal que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010 amplía los supuestos de hecho de los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 y 320 CP), así como endurece sus penas. El objetivo de la reforma es hacer frente al problema del incumplimiento de la legalidad urbanística, especialmente en suelo no urbanizable, y complementar el efecto disuasorio que suponen las elevadas sanciones de la legislación urbanística.

SUMARIO

- I. LA LEY ORGÁNICA DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL
- II. EL TIPO PENAL AGRAVADO DEL DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO (ART. 319.1 CP)
 1. Consideraciones generales y la nueva redacción
 2. Elementos subjetivos del tipo penal
 3. Elementos objetivos del tipo penal
 4. Las penas del tipo penal agravado contra la ordenación del territorio o el urbanismo
- III. EL TIPO PENAL BÁSICO DEL DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO (ART. 319.2 CP)
 1. El delito y su modificación
 2. Elementos subjetivos del delito
 3. Los elementos objetivos del delito
- IV. CONSECUENCIAS ACCESORIAS DE LA CONDENA POR DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO (ART. 319.3 CP)
- V. EL DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO POR PERSONAS JURÍDICAS (ART. 319.4 CP)
- VI. EL TIPO PENAL DE PREVARICACIÓN URBANÍSTICA (ART. 320 CP)
 1. La descripción del tipo penal
 2. La prevaricación urbanística en los informes de expedientes urbanísticos y la omisión de inspección
 3. La prevaricación urbanística en los actos administrativos de contenido urbanístico
 4. Las penas del delito de prevaricación urbanística
- VII. BIBLIOGRAFÍA

I. LA LEY ORGÁNICA DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

La Ley Orgánica 5/2010 de reforma del código penal tiene como objetivo su revisión integral dado que afecta a nada menos que a 150 artículos y entró en vigor el pasado 23 de

diciembre de 2010. La Exposición de Motivos de la Ley expresa los motivos de la reforma, principalmente la armonización con la Unión Europea derivada de varias Decisiones Marco y Directivas, así como además la adaptación de los delitos y sus penas a la realidad social y jurisprudencial.

Quizás hubiese sido deseable un mayor consenso parlamentario en su aprobación, dado que contó con 180 votos a favor representados por los grupos parlamentarios PSOE, CIU y ERC, pero no con los 143 que representa el grupo popular, que se abstuvo esencialmente al no contemplarse la reivindicación social para delitos de especial gravedad en España como los de terrorismo la cadena perpetua revisable, prevista en países de una gran tradición democrática. Además, esta reforma contó con los siete votos en contra que representan los grupos parlamentarios PNV y «Nafarroa», así como con los tres votos de abstención representados por los grupos parlamentarios IU-ICV, BNG y el Grupo Mixto.

Entre las novedades a destacar, la regulación de la atenuante por dilaciones indebidas, la nueva medida de seguridad denominada «libertad vigilada», el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la mejora de la regulación de la prescripción del delito, la regulación del delito de obtención o tráfico ilícito de órganos humanos o del acoso laboral, la mejora de la regulación de los delitos informáticos, la incorporación a los delitos contra la salud pública de la jurisprudencia tradicional sobre la «notoria importancia», así como una mejora y ampliación de la regulación penal de las conductas terroristas incluyendo la tipificación del delito de colaboración y financiación del terrorismo.

En relación a los delitos contra la ordenación del territorio, tipificado por primera vez en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal, se amplían los supuestos delictivos y las penas además de modificar su denominación por «delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo».

En relación al cambio de denominación, según establece el apartado XX de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, se debe a que se incluye «el urbanismo como objeto de tutela». Sin embargo, en realidad el bien jurídico protegido de estos delitos desde su origen ha sido esencialmente el urbanismo más que la ordenación del territorio, por lo que el cambio de denominación es bastante acertado al ajustarse a la verdadera naturaleza del tipo penal.

II. EL TIPO PENAL AGRAVADO DEL DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO (ART. 319.1 CP)

1. Consideraciones generales y la nueva redacción

El tipo penal agravado con la Ley Orgánica 5/2010 ve considerablemente incrementada la pena que ya estableció la Ley Orgánica 10/1995, aunque sin llegar al umbral de la pena mínima superior a los dos años de prisión por lo que aún en caso de condena existe la posibilidad de que esta sea inferior a dos años y se evite el ingreso en prisión si se dan los supuestos del artículo 88 del Código Penal para su sustitución.

En coherencia con las Directivas y Decisiones Europeas, se castiga especialmente el beneficio económico de las empresas y se incluyen las penas a las personas jurídicas

En coherencia con las Directivas y Decisiones Europeas, se castiga especialmente el beneficio económico de las empresas y se incluyen las penas a las personas jurídicas.

Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, la descripción del delito agravado del artículo 319.1 del Código Penal venía siendo la siguiente:

Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada 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.

La nueva descripción del tipo penal del artículo 319.1 del Código Penal es la siguiente:

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 triplo 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.



«El final de la Edad Media», Vasyl Tretyakov (2010)

2. Elementos subjetivos del tipo penal

Los elementos subjetivos del tipo penal no han variado, siguen siendo los «promotores, constructores o técnicos directores».

En relación al promotor como sujeto activo del delito, el artículo 9 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, considera promotor *a cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y 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.*

Es decir, conforme la Ley de Ordenación de la Edificación, puede ser promotor tanto el profesional de la promoción inmobiliaria como el no profesional. La línea jurisprudencial mayoritaria considera como sujeto activo de este delito tanto al promotor profesional como no profesional. Puede citarse como ejemplo la sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 noviembre de 2009 (recurso 1539/2009), que cita la jurisprudencia mayoritaria en relación a la no necesidad de profesionalidad del promotor para ser sujeto del delito contra la ordenación del territorio:

Así la sentencia del 14/5/2003, citando la del 26.6.2001, señala que la legislación se limita a tomar la figura del «promotor» de la realidad preexistente; no se trata de un vocablo técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente, de manera que, en el ámbito del art. 319.2 (igualmente cabe decir en el campo del art. 319.1) «será considerado promotor cualquier 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».

Sin embargo, lo cierto es que la actual reforma del código penal podría haber aclarado este extremo simplemente añadiendo como sujeto activo «el propietario» o incluso «el que promueva, sea o no profesional». Dado que no se ha aclarado, aún existe la posibilidad de interpretar que el sujeto activo de este delito sólo puede ser un promotor profesional, dado que no tiene ningún sentido la pena de inhabilitación para profesión y oficio para quien no es promotor profesional y menos aún, con la nueva reforma, el establecerse entre las penas la de multa del tanto al triplo del beneficio obtenido con el delito. Dicha interpretación sería además coherente con el principio de intervención mínima del Derecho Penal que llevó en su día a que el Tribunal Constitucional tuviese que pronunciarse y confirmar la constitucionalidad de este delito, teniendo en cuenta que el Derecho Administrativo Sancionador podría considerarse suficiente para la protección de la legalidad urbanística.

En relación al constructor como sujeto activo del delito, el artículo 11 de la Ley de Ordenación de la Edificación le define como *agente que asume, contractualmente ante el promo-*

tor, 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. Igualmente ha de considerarse como sujeto activo del delito, en coherencia con la línea jurisprudencial a la que hemos hecho referencia, tanto el constructor profesional como no profesional.

Respecto al técnico director, debe entenderse tanto el director de la obra como el director de su ejecución. El director de la obra se define en el artículo 12 de la Ley de Ordenación de la Edificación como *el agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto.*

Respecto al director de la ejecución de la obra, se define en el artículo 13 de la LOE de la siguiente forma: *El director de la ejecución de la obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado.*

Finalmente en relación al elemento subjetivo del delito, ha de considerarse la posibilidad de que se aprecie error y por tanto falta de culpabilidad eximente de responsabilidad penal al tratarse de un delito doloso. En este sentido cabe citar la sentencia de Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2003, que establece que el error de prohibición regulado en el artículo 14 del Código Penal se configura como el reverso de la conciencia de antijuridicidad y aparece cuando el autor del delito actúa en la creencia de estar actuando lícitamente. Será vencible o invencible en la medida en la que el autor haya podido evitarlo. El primero supone una disminución de la pena y el segundo excluye la responsabilidad criminal. Así mismo, la sentencia del Tribunal Supremo número 1171/1997, de 29 de septiembre establece sobre el error lo siguiente:

a) Queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (Sentencia de 29 noviembre 1994), de la misma manera y

en otras palabras (Sentencia de 16 marzo 1994), que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del proceder; b) No es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente.

Ha de considerarse como sujeto activo del delito tanto el constructor profesional como no profesional

3. Elementos objetivos del tipo penal

A) Los actos constructivos

El elemento objetivo del acto constructivo se amplía en la nueva regulación que pasa de «construcción» a «obras de urbanización, construcción o edificación».

Respecto a las «obras de urbanización», que es la primera de las aportaciones de la reforma, sin duda necesitará interpretarse qué se entiende por tales obras y qué obras no podrán considerarse «de urbanización», especialmente teniendo en cuenta que el tipo penal agravado puede cometerse en cualquier clase de suelo.

Desde nuestro punto de vista, se entenderá «obras de urbanización» aquellas tendentes a implantar infraestructuras y servicios urbanísticos, incluida la apertura de carriles en suelo no urbanizable. Desde dicho punto de vista no debería entenderse como obras de urbanización los meros movimientos de tierra que no tengan como objetivo la implantación de infraestructuras o servicios urbanísticos.

Respecto a la «edificación» que es el segundo elemento constructivo objeto de este delito, y que igualmente es una nueva aportación de la reforma, es necesario hacer referencia al artículo 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, relativo al ámbito de aplicación de la LOE, que establece lo siguiente:

1. Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiéndose por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:



«Alegoría de un Virrey nonato», Vasyi Tretyakov (2010)

a. Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.

b. Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.

c. Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores.

2. Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes obras:

a. Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.

b. Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volume-

tría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

c. Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

Finalmente, respecto a la «construcción», el anterior artículo de la LOE nos aporta su definición, pudiendo entender por tales las obras que no puedan considerarse edificación por su escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.

B) No autorizables

Con anterioridad a la reforma se incluía como requisito objetivo que los actos constructivos fuesen «no autorizados» lo que conllevaba que los actos con licencia o autorización pero que no se ajustasen a la legalidad urbanística no cumplieren con el tipo penal.

La reforma incluye con buen criterio los actos «no autorizables» de forma que en el supuesto de que los actos contasen con autorización no ajustada a la ordenación urbanística cumpliría el tipo penal. Igualmente, aquellos actos no autorizados pero ajustados a la legalidad urbanística, es decir legalizables, no cumplirían con este elemento objetivo del tipo penal.

Este elemento del tipo penal supone un reenvío a una «norma penal en blanco», dado que serán las normas urbanísticas aplicables las que establezcan si los actos son o no legalizables. Es decir, habrá que analizar la legislación urbanística autonómica, sus normas de desarrollo, así como la ordenación urbanística y territorial aplicable.

C) El carácter especial de los actos constructivos por su localización

El tercer elemento del tipo penal es la especial localización de los actos constructivos o afectación de bienes específicos, es decir, en: *suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su va-*

lor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

Este elemento objetivo del tipo penal no ha sido modificado y requiere la existencia de un reconocimiento legal o administrativo de la especial protección de los bienes afectados.

4. Las penas del tipo penal agravado contra la ordenación del territorio o el urbanismo

A) La pena de prisión e inhabilitación

Las penas previstas con anterioridad a la reforma eran las siguientes:

Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años.

Con la nueva reforma, las penas de prisión e inhabilitación quedan de la siguiente forma:

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 triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

Se incrementa sustancialmente la pena mínima de prisión que se eleva al año y seis meses, lo que incrementa sustancialmente las posibilidades del condenado de su ingreso en prisión.

Respecto a la pena de multa, sigue siendo de doce a veinticuatro meses, aunque se añade el beneficio económico, que en caso de ser mayor a la multa resultante, la pena económica será multa del nato al triplo del montante de dicho beneficio. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 expresa la preocupación del legislador de que el beneficio económico del sujeto del delito no quede impune, siendo además el origen de esta modificación la armonización con la Unión Europea derivada de varias Decisiones Marco y Directivas.

Igualmente se incrementa la pena de inhabilitación para profesión y oficio, que pasa de «seis meses a tres años» a «de uno a cuatro años».

III. EL TIPO PENAL BÁSICO DEL DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO (ART. 319.2 CP)

1. El delito y su modificación

Hasta la entrada en vigor de la reforma, el tipo penal básico de delito contra la ordenación del territorio establecía lo siguiente (art. 319.2):

Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable.

La nueva reforma regula el tipo básico de la siguiente forma:

Se incrementa sustancialmente la pena mínima de prisión que se eleva al año y seis meses, lo que incrementa sustancialmente las posibilidades del condenado de su ingreso en prisión

Se impondrá la pena de prisión de uno a tres 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 triplo 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 el suelo no urbanizable.

2. Elementos subjetivos del delito

Los elementos subjetivos del delito son «promotores, constructores y técnicos directores», los mismos que el tipo agravado por lo que nos remitimos a lo dicho anteriormente respecto a ellos.

Cabe añadirse además que si bien es cierto que por regla general se tiende por el Ministerio Fiscal a dirigir la acusación más contra el

promotor que contra el constructor o técnicos directores intervinientes, en el tipo básico de este delito esta tendencia es aún más clara.

3. Los elementos objetivos del delito

A. Los actos constructivos

Los actos constructivos son al igual que en el tipo agravado *obras de urbanización, construcción o edificación*. Nos remitimos en cuanto al concepto de cada uno de esos actos constructivos a lo señalado anteriormente.

B. No autorizables

No se altera tampoco este elemento objetivo del delito e igualmente hay que entender que tienen tal carácter las obras que no sean legalizables, debiendo para ello remitirnos a las normas urbanísticas aplicables.

C. En suelo no urbanizable

Respecto a la localización de los actos constructivos, debe ser en suelo no urbanizable común así como aquel que no tenga ninguno de los elementos de protección establecidos en el tipo penal agravado.

Para el cumplimiento de este requisito objetivo de la clase de suelo deberá acreditarse su clasificación por el planeamiento de tipo general aplicable, bien sean normas subsidiarias, plan general o equivalente conforme a la legislación autonómica aplicable.

IV. CONSECUENCIAS ACCESORIAS DE LA CONDENA POR DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO (ART. 319.3 CP)

En relación con la demolición, el artículo 319.3 CP establecía lo siguiente:

En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

Tras la reforma del código penal, el artículo 319.3 CP queda da la siguiente forma:

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 decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

Se mantiene, por tanto, la demolición y se añade como consecuencia del delito la posibilidad de que los jueces y tribunales ordenen la reposición a su estado original a su estado originario de la realidad física alterada, así como el decomiso de las ganancias del delito.

En relación a la demolición, cabe citar el magnífico artículo del Fiscal de Medio Ambiente y Urbanismo, don Jose Luis DÍAZ MANZANERA («El delito urbanístico en la jurisprudencia reciente», *La Ley Penal*, n.º 50, junio 2008, Editorial LA LEY), que apunta a la tendencia generalizada a aplicar la demolición en el tipo penal agravado pero no en el tipo básico. Además, hacer las siguientes consideraciones sobre la demolición en este delito:

En la realidad cotidiana de los Tribunales se observa que se esta desembocando a legalización «de facto», pues incluso se inician procesos penales con «autodenuncia» y se buscan «conformidades» en el juzgado de instrucción o en el juzgado de lo penal, con una pena de prisión cuya duración siempre permite la suspensión de la condena, con una multa que es muy inferior a la que se puede imponer en la vía administrativa, y con una pena de inhabilitación que no sirve para nada pues el penado normalmente no es un profesional de la construcción, ni de la promoción, ni es técnico, consiguiendo así la no demolición ya que la administración urbanística no la suele acordar o incluso se plantea la posibilidad del «non bis in idem» al existir identidad de hecho, sujeto y fundamento con la sanción penal.

Respecto al criterio de las Audiencias Provinciales que estiman necesaria la aplicación de la demolición como consecuencia del delito contra la ordenación del territorio, sea tipo básico o agravado, citar la Audiencia Provincial de Sevilla, en cuya sentencia de 15 abril de 2009, recurso 2639/2009, expone su doctrina de la siguiente forma:

... ha sido el elevado grado de incumplimiento de la disciplina urbanística, tanto por lo que se refiere a la protección de la legalidad como de forma especial al restablecimiento del orden jurídico perturbado, lo que ha motivado la incriminación penal de conductas como las enjuiciadas, no tendría sentido que, pudiendo los Tribunales penales decidir sobre el restablecimiento de la legalidad urbanística no lo hicieran, y remitieran de nuevo la decisión a la Administración cuya insuficiente actuación propició la creación de estas novedosas figuras delictivas. Dicho esto, cabe añadir que existen sin embargo poderosas razones de carácter social y económico en virtud de las cuales sería de desear una actuación administrativa tendente a legalizar la situación de una gran cantidad de casas que han sido construidas al abrigo de la tolerancia y de la vista gorda de administraciones públicas encargadas de velar por el cumplimiento de la legalidad en una materia tan sensible en el mundo actual como es la del respeto al medio ambiente.

Respecto a la reposición de la realidad física alterada, que es una aportación de la reforma, se entiende la reparación del daño causado que no sea la demolición de lo construido. En este caso se trata, al igual que en el caso de la demolición, de una posible pero no necesaria consecuencia de la condena, que deberá motivarse, así como especificarse claramente por los jueces y tribunales la forma de llevarla a cabo, puesto que en muchos casos será difícil, como por ejemplo ante la apertura de un carril en suelo no urbanizable.

Se añade como consecuencia necesaria la condena al *decomiso de las ganancias provenientes del delito*, cualquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

Esta consecuencia tiene su origen en la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, que se incorpora a esta reforma del código penal y se pretende con ellos conseguir una eficaz lucha contra determinados delitos.

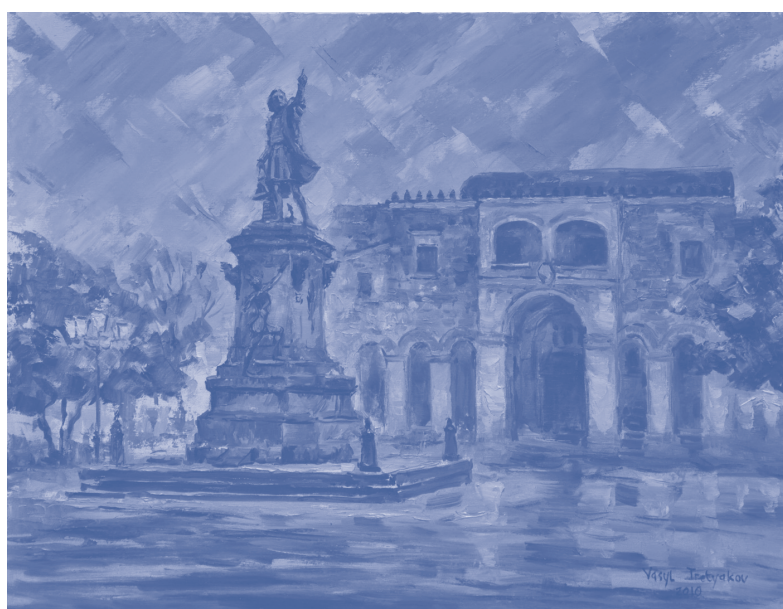
Respecto a los efectos del decomiso, por aplicación analógica del artículo 374 CP será su incorporación al patrimonio del Estado, sin que pueda ser aplicable a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de

las costas procesales. Además, al establecerse «cualesquiera sean las transformaciones que hubieren podido experimentar» se entiende que si los beneficios económicos se han transformado en bienes inmuebles, éstos se incorporarán al patrimonio del Estado directamente o previa su enajenación.

V. EL DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO POR PERSONAS JURÍDICAS (ART. 319.4 CP)

Una de las novedades más importantes de la reforma del código penal es que las personas jurídicas pueden ser sujeto de los delitos, si así se establece en la descripción del tipo penal.

El delito contra la ordenación del territorio y el urbanismo incluye un cuarto apartado al artículo 319 que establece la posibilidad de que el sujeto del delito pueda ser una persona jurídica:



«La primera Plaza Mayor de las Américas», Vasyl Tretyakov (2010)

En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple

del montante de dicho beneficio. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Conforme establece el artículo 319.4 CP si se considera responsable penalmente a una persona jurídica de la comisión de un delito contra la ordenación del territorio, la pena será de multa de uno a tres años salvo que el beneficio fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio

Para considerar la responsabilidad penal de una persona jurídica, hay que estar a lo establecido en el nuevo artículo 31 bis del código penal que establece lo siguiente:

En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

Conforme establece el artículo 319.4 CP si se considera responsable penalmente a una persona jurídica de la comisión de un delito contra la ordenación del territorio, la pena será de multa de uno a tres años salvo que el beneficio fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.

Además de esta pena, la condena podrá tener otras consecuencias accesorias, remitiéndose el artículo 319.4 CP al artículo 33.7 y 66 bis del código penal.

En concreto, al artículo 33.7 CP establece las siguientes consecuencias accesorias que a su vez tendrán en cuenta las reglas establecidas en el artículo 66 bis CP:

- A) *Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.*
- B) *Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- C) *Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- D) *Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.*
- E) *Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.*
- F) *Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.*

VI. EL TIPO PENAL DE PREVARICACIÓN URBANÍSTICA (ART. 320 CP)

1. La descripción del tipo penal

El tipo de prevaricación urbanística es un tipo agravado del tipo general de prevaricación, en atención al bien jurídico protegido, que no es sólo la ordenación del territorio y el urbanismo sino también la administración pública, dado que los sujetos de este tipo penal ocupan una posición de garante de los mismos, que merecen un especial reproche penal.

La descripción del tipo penal de prevaricación urbanística anterior a la reforma del código penal para la siguiente:

1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.

La descripción del tipo penal de prevaricación urbanística queda de la siguiente forma tras la reforma del código pena:

1. 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, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. La prevaricación urbanística en los informes de expedientes urbanísticos y la omisión de inspección

A. Elementos subjetivos del tipo

Los elementos subjetivos del tipo de prevaricación en informes urbanísticos son la «autoridad o funcionario público» que los emitan o estén obligados a las inspecciones establecidas en el tipo penal.

A efectos penales, el artículo 24 del Código Penal define la autoridad y al funcionario público:

A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

No cambia este elemento subjetivo en la nueva reforma, que además mantiene que deba cometerse «a sabiendas de su injusticia», es decir, sólo cabe su comisión dolosa y no culposa. Quiere decir que debe acreditarse para considerar a una autoridad o funcionario público como sujeto del delito que conoce de la ilegalidad de su informe.

B. Elementos objetivos del tipo

Los elementos objetivos del tipo se amplían considerablemente en la reforma dado que el objeto de los informes no sólo se refiere como hasta ahora a *proyectos de edificación o concesión de licencias*, sino que se amplía dicho objeto a *instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación y construcción*. Existen sentencias absolutorias precisamente porque el objeto del informe no era una licencia sino, por ejemplo, un estudio de detalle. Se incluye en definitiva prácticamente cualquier informe susceptible de amparar una actuación

constitutiva del delito contra la ordenación del territorio y el urbanismo.

El segundo elemento objetivo del tipo es que los distintos objetos de los informes urbanísticos sean *contrarios a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes*. Ello conlleva que las normas territoriales o urbanísticas deben de ser aplicables y existir una contradicción específica con las mismas. Además, no debe ser una mera ilegalidad, sino que debe adolecer de una especial gravedad.



«El primer Cabildo de las Américas», Vasyl Tretyakov (2010)

La Audiencia Provincial de Málaga, Sección 2.ª, en su sentencia de 25 de abril de 2007 (recurso 263/2006) hace un interesante análisis de los requisitos de la prevaricación urbanística y en especial, respecto al tipo de ilegalidad necesaria:

Que la resolución sea «injusta»; o como dice el vigente Código Penal de 1995 en el Art. 404, «arbitraria»; es decir, no adecuada a la legalidad, tanto si se trata de actividad reglada como si se trata de una actividad discrecional —desviación de poder— (Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1981). No basta cualquier ilegalidad, sino que según reiterada doctrina de esta Sala tiene que tratarse de «una contradicción con el ordenamiento tan patente y grosera, esperpéntica se ha dicho en otras ocasiones, que puede ser apreciada por cualquiera, no bastando la mera ilegalidad producto de una interpreta-

ción errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en Derecho» (Sentencias de 10 de mayo de 1993, 21 de febrero de mayo y 10 de noviembre de 1994, 25 de marzo y 20 de abril de 1995 14 de marzo de 1996, 7 de febrero, 3 de marzo y 23 de abril de 1997). Concretamente como ha declarado la Sentencia de 14 de noviembre de 1995 la «injusticia» que tal actuación administrativa proclama «puede venir referida en la absoluta falta de competencia del inculpado, en la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la Resolución de modo que ésta implique un torcimiento del Derecho» (Sentencias de 20 de abril de 1995, de 24 de abril de 1988, 17 de septiembre de 1990, 10 de abril y 10 de diciembre de 1992, y 21 de febrero de 1994).

El tercer elemento objetivo del tipo es una aportación de extraordinaria importancia de la reforma del código penal y es «*que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio*». Hasta la reforma del código penal, el delito de prevaricación urbanística requería una actitud activa.

Este elemento objetivo describe la situación en la que una autoridad o funcionario no emita un informe ante una infracción urbanística observada en una visita de inspección o bien no realice una inspección de carácter obligatorio, es decir, cuando se tenga conocimiento de una posible infracción urbanística a través de los medios de la administración o la puesta en conocimiento por otra administración o un particular.

Sin duda este último elemento objetivo va a conllevar graves problemas para los municipios con pocos recursos que en muchos casos se ven totalmente incapacitados para tramitar sus expedientes de disciplina urbanística y ejercer debidamente las labores de inspección.

3. La prevaricación urbanística en los actos administrativos de contenido urbanístico

A. Elementos subjetivos del tipo

Igualmente es la autoridad o funcionario público, que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado. Nos remitimos a lo dicho

anteriormente respecto a este elemento subjetivo. Además, por autoridad debe considerarse el responsable público con competencias para llevar a cabo la resolución correspondiente o el voto a favor del acuerdo del órgano colegiado, normalmente el pleno municipal.

B. Elementos objetivos del tipo

El primero de los elementos es la resolución o el voto a favor de aprobación.

Respecto a las resoluciones, se tratan del acto administrativo o acuerdo de órgano unipersonal, que normalmente además de ir firmadas por el alcalde o concejal, además de por la persona que ejerza las funciones de secretario. Respecto al voto a favor de aprobación, se entiende el emitido en el punto correspondiente aprobatorio por el órgano colegiado respecto a la licencia o instrumento descrito como segundo elemento objetivo.

El segundo elemento objetivo de dicha resolución o voto a favor son los *instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias*, por lo que se amplían igualmente en este tipo delictivo.

4. Las penas del delito de prevaricación urbanística

Con anterioridad a la reforma del código penal, ya se venía estableciendo como pena del delito de prevaricación urbanística, en sus dos modalidades, la del artículo 404 del código penal, es decir, *la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años*.

Tampoco se altera la pena de multa de doce a veinticuatro meses, pero sí que se incrementa sustancialmente la pena de prisión, que pasa de «seis meses a dos años» a *de un año y seis meses a cuatro años*.

Con este incremento tan sustancial de la pena de prisión se pasa de un delito cuya pena prácticamente, salvo reincidencia, no conllevaba el ingreso en prisión a un delito en el que en caso de condena difícilmente se evitará el ingreso

en prisión, puesto que la pena mínima es muy cercana a los dos años de prisión.

Con este incremento tan sustancial de la pena de prisión se pasa de un delito cuya pena prácticamente salvo reincidencia no conllevaba el ingreso en prisión a un delito en el que en caso de condena, difícilmente se evitará el ingreso en prisión puesto que la pena mínima es muy cercana a los dos años de prisión

Si a este incremento de la pena de prisión le añadimos la inclusión de la conducta omisiva de los servicios de inspección como elemento objetivo de este delito, parece bastante evidente que no tardará en plantearse la cuestión de inconstitucionalidad porque pueda ser contrario al principio general del derecho de proporcionalidad la pena prevista en relación a la conducta delictiva y el bien jurídico protegido que es el urbanismo, la ordenación del territorio y la administración pública.

VII. BIBLIOGRAFÍA

CRIBADO SÁNCHEZ, A. J., «La prevaricación urbanística por omisión en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del código penal», *Revista de Urbanismo* (www.reurbanismo.com).

DÍAZ MANZANERA, J. L., «El delito urbanístico en la jurisprudencia reciente», *La Ley Penal*, n.º 50, junio 2008, Editorial LA LEY.

SANTOS DIEZ, Ricardo y CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio (1994-2008), «Los delitos contra la ordenación del territorio», *Derecho Urbanístico. Manual para Juristas y Técnicos*, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 7.ª edición, 2008.

VERCHER NOGUERA, Antonio, «La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio», *Diario La Ley*, 1997, Ref. D-26, tomo 1.