

DELITOS CONTRA LA ORDENACION DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO

MERCEDES ALONSO ALAMO

Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Valladolid

I. Planteamiento

El Código penal de 1995 regula, por primera vez en nuestra historia legislativa, los delitos contra la ordenación del territorio, y lo hace dentro del Título XVI del Libro segundo que lleva la rúbrica general "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente". El título comprende materias muy heterogéneas que remiten al hilo conductor del medio ambiente: delitos sobre la ordenación del territorio (Capítulo I), delitos sobre el patrimonio histórico (Capítulo II), delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (Capítulo III), y delitos relativos a la protección de la flora y la fauna (Capítulo IV). El título se cierra con unas disposiciones generales, comunes a los anteriores delitos (Capítulo V).

La materia medioambiental no era desconocida por el anterior texto punitivo. Ya con ocasión de la reforma urgente y parcial de 1983 por LO 8, de 25 de junio, se introduce en el Código penal el llamado delito ecológico (artículo 347 bis) que tipifica específicas acciones contaminantes (emisiones, vertidos) dentro del Título V de los delitos de riesgo en general. Y en 1987 se introduce la regulación de los incendios forestales en el marco de los delitos patrimoniales (art. 553 bis a), b) y c)). Pero el nuevo Código penal desborda el marco legal anterior. Dedicó a la protección del medio ambiente un título propio (el XVI ya citado) que comprende materias no contem-

pladas en la vieja regulación. Sorprendentemente quedan fuera del título, y aparecen previstas en otras zonas del Código, materias como: los incendios forestales y en zonas no forestales, regulados en los artículos 352 y ss., dentro del Título XVII "de los delitos contra la seguridad colectiva", y los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes tipificados bajo la rúbrica "de los delitos de riesgo catastrófico", asimismo en el Título XVII, de los delitos contra la seguridad colectiva (arts. 341 y ss.).

En las últimas décadas, sobre todo a partir de los años setenta, y al tiempo que se asiste al creciente deterioro del medio ambiente, se desarrolla un movimiento de sensibilización ante la problemática medioambiental que cristaliza en declaraciones internacionales, constitucionales (así el artículo 45 de la Constitución española) y en intervenciones no sólo administrativas sino también penales en la materia.

II. Perspectiva politicolegislativa. Problemas del bien jurídico. Derecho penal y Derecho administrativo. Principios rectores de la intervención penal

Como queda dicho, los delitos contra la ordenación del territorio constituyen una novedad en el ordenamiento jurídico penal español. Pero aparecen en los Proyectos de nuevo Código penal que se suceden desde 1980. El análisis de los sucesivos Proyectos muestra una falta de acuerdo acerca de su orientación sistemática e incluso acerca de la materia de la prohibición. Así el Proyecto de 1980 regulaba los "delitos contra la ordenación urbanística" en el Capítulo X del Título VIII relativo a los delitos contra el orden socioeconómico. Y tipificaba independientemente determinadas conductas contaminantes en el ámbito de los delitos contra la salud pública del Título VII del Libro II. La doctrina reaccionó prontamente frente a aquella regulación destacando, por una parte, su amplia coincidencia con los injustos administrativos y, por otra parte y decisivamente, que la protección del medio donde se desenvuelve la vida debe desconectarse de la referencia económica

presente en el Título VIII del citado Proyecto. La propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983 rompe con el precedente de 1980 e introduce un nuevo título (XIII del Libro II) de los delitos "relativos a la ordenación del territorio y del medio ambiente", desprovisto de aquella referencia económica y estableciendo una relación entre medio ambiente y protección del territorio que ya no se abandonaría. El Anteproyecto de 1992 y los Proyectos de 1992 y 1994 contemplan, dentro del capítulo relativo a los delitos contra la ordenación del territorio, delitos contra el patrimonio histórico, artístico, cultural o monumental. El Proyecto de 1994 es modificado durante la tramitación parlamentaria de manera que el nuevo Código penal regula, separadamente en sendos capítulos, como antes se indicó, los delitos sobre la ordenación del territorio y los delitos relativos a la protección del patrimonio histórico.

Las relaciones y límites entre medio ambiente, ordenación del territorio y patrimonio histórico deben ser objeto de precisión. La extensión o el alcance del concepto de medio ambiente no aparece trazado con nitidez. Por lo general se admite que el ambiente —o el medio ambiente— comprende todos los elementos que constituyen los recursos naturales utilizables por el hombre (aire, agua, suelo, flora, fauna) cuyo menoscabo o puesta en peligro podría alterar seriamente el equilibrio de los sistemas naturales. En *sentido restringido* el medio ambiente constituye un bien jurídico que, en cuanto tal, merece ser protegido frente a acciones capaces de perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales, independientemente de que pongan en peligro ulteriores bienes jurídicos, como la salud o la vida de las persona. Se trata de un interés general (no sectorial y por tanto no propiamente difuso aunque a menudo se considera como tal en la doctrina) al mantenimiento del equilibrio de los sistemas naturales frente a acciones objetivamente peligrosas. Y ello sin perjuicio de que se recurra legislativamente a técnicas mixtas tomando en cuenta, de forma complementaria y a través de los correspondientes tipos agravados, el peligro para ulteriores bienes jurídicos.

Si se parte de este concepto restringido no son propios delitos contra el medio ambiente ni los delitos contra el patrimonio histórico ni los delitos contra la ordenación del territorio. Conviene recordar cómo se van aproximando estos grupos de delito en la azarosa historia de los Proyectos de nuevo Código penal, según quedó expuesto. Y conviene recordar también lo establecido en los artículos 45, 46 y 47 de la Constitución española que se ocupan diferenciadamente del medio ambiente, el patrimonio histórico, cultural y artístico, y la utilización del suelo de acuerdo con el interés general. Y que el artículo 148,1 de la Constitución menciona separadamente, entre las competencias de las comunidades autónomas: la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (3.ª), el patrimonio monumental de interés para la comunidad autónoma (16), y la gestión en materia de protección del medio ambiente (9.ª).

Pero frente al concepto restringido se ha opuesto un *concepto amplio* de medio ambiente que, como indica Rodríguez Ramos, "incluye en su ser aspectos económicos..., de salud pública e individual, de calidad de vida, etc., y que encuentra acomodo en multitud de acciones públicas como la ordenación del territorio, el desarrollo económico, política hidráulica, etc."

En este sentido amplio no hay duda de que la ordenación del territorio o la defensa del patrimonio histórico mantienen estrechos vínculos con la problemática ambiental (así una incorrecta ordenación del territorio puede incidir en la conservación del medio y en la calidad de vida). Pero medio ambiente, ordenación del territorio y patrimonio histórico pueden y deben ser distinguidos conceptualmente. Hay que destacar que en la regulación de los delitos contra el patrimonio histórico y contra la ordenación del territorio ni siquiera se ha tomado en cuenta el peligro posible para el medio ambiente. A través de aquéllos se protege el patrimonio histórico en cuanto tal frente a determinadas formas de ataque: daños, informes favorables de autoridades y funcionarios. En los delitos contra la ordenación del territorio se antepone el interés de la administración a la correcta ordenación del territorio.

En efecto, la regulación de los delitos contra la ordenación del territorio, contenida básicamente en los artículos 319 y 320 del nuevo Código penal, permite sostener que, a pesar de su orientación sistemática, aquéllos se hallan desvinculados de la problemática medioambiental. Es decir, no captan acciones en sí mismas peligrosas para la calidad de vida, el entorno o el medio en que se desenvuelve la vida, sino acciones antinormativas, contrarias a las normas administrativas que rigen en el sector, con independencia de que generen aquel peligro.

En verdad, el interés a que se mantengan las propiedades del suelo —como del aire o del agua, o la flora y la fauna— frente a conductas peligrosas (propio interés a la preservación del medio ambiente), o el interés *general* a la planificación urbanística ordenada que proporcione una mejor calidad de vida no puede ser confundido con el interés de la administración al cumplimiento de las normas en este ámbito. El interés a que se mantengan las propiedades del suelo es tomado en cuenta, ante todo en el artículo 325 del nuevo Código penal, dentro de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Pero los tipos de los artículos 319 y 320 no se orientan a proteger de forma directa, inmediata el medio ambiente. Es cierto que la realización de las conductas típicas puede originar un peligro adicional para bienes jurídicos reconducibles al concepto de medio ambiente (intereses ecológicos, a la conservación de los recursos naturales, etc.). Pero no se requiere legislativamente que se origine dicho peligro. A lo sumo podría entenderse que éste es el motivo del legislador en el sentido de los puros delitos de peligro abstracto. El legislador se apartaría aquí de la técnica a que frecuentemente recurre en la protección penal del medioambiente, a saber, la de los delitos de peligro (abstracto) hipotético que exigen, al menos, acciones apropiadas objetivamente para menoscabar el ecosistema (así el artículo 325 del nuevo Código penal exige que las conductas en él contempladas y sometidas a pena criminal "puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales").

En la regulación de los delitos sobre la orde-

nación del territorio, en cambio, se somete a pena criminal la mera construcción no autorizada en determinados suelos (art. 319,1), o la edificación no autorizable en suelo no urbanizable (art. 319,2), o los informes favorables contrarios a las normas urbanísticas (artículo 320,1), o la votación a favor de una concesión de licencia, asimismo contraria a las normas urbanísticas (art. 320,2).

Parece que el interés de la administración al cumplimiento de las normas urbanísticas se erige en exclusivo bien jurídico objeto de protección, antepuesto al medio ambiente, sin que pueda afirmarse que estamos ante genuinos delitos pluriofensivos en los que además se dispense protección al interés general al medio ambiente. No parece que se pretenda proteger anticipadamente el medio ambiente cuanto prevenir, mediante el recurso al Derecho penal, esto es, mediante la amenaza de la pena criminal, acciones contrarias a las normas urbanísticas o de ordenación del territorio. Basta, pues, con la realización de la conducta típica para que venga en aplicación el correspondiente tipo penal, siendo indiferente desde la perspectiva del tipo que se ponga en peligro el medio ambiente. Hasta tal punto es así que, de producirse el efectivo peligro para el medio ambiente, habría que tomar en consideración el correspondiente delito medioambiental (art. 325) en concurso de delitos con el tipo del artículo 319 aplicable al hecho.

A la vista de la situación legislativa cabe plantear la cuestión de si está justificado el recurso al Derecho penal en esta materia. Como es sabido, constituye un principio de la moderna política criminal que sólo está justificada la intervención en materia penal cuando está efectivamente presente un bien jurídico necesitado de protección y son insuficientes los recursos de que disponen otras ramas del ordenamiento jurídico (principio de intervención mínima, el Derecho penal como última ratio).

Es admitido, por lo general, el fracaso de la administración pública en la lucha contra las infracciones urbanísticas. Y se reconoce también que ello ha sido determinante de la decisión de recurrir al Derecho penal en esta

materia. Pero la cuestión es si tal fracaso y la necesidad de reaccionar frente a conductas contrarias a la legislación relativa a la ordenación del territorio fundamentan sin más el recurso al Derecho penal. A ello hay que añadir la alta coincidencia entre los nuevos injustos penales y las infracciones urbanísticas (ver artículo 262 de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana y artículos 51 y ss. del Reglamento de Disciplina Urbanística), lo que en su caso debe resolverse conforme al principio *non bis in idem*.

Detrás de esta cuestión se halla el viejo problema de la delimitación entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, o mejor, entre injusto penal e injusto administrativo. Los criterios de delimitación cualitativos y cuantitativos dominantes en diversos momentos históricos hoy se consideran insuficientes y se conviene en que la decisión (valorativa) de llevar una materia determinada a uno u otro sector del ordenamiento jurídico presupone, como ha indicado Torio, el examen riguroso, acabado, de la misma: de la acción, del bien jurídico, de la frecuencia del comportamiento, de los efectos de la prohibición...

El examen de la regulación de los delitos sobre la ordenación del territorio revela la ausencia de análisis detenido de los diferentes aspectos de la materia previo a la decisión de elevar a comportamiento delictivo las acciones contrarias a la ordenación legal o reglamentaria del territorio. Desde la perspectiva del bien jurídico no se reclama que las conductas descritas en los tipos generen un peligro para el medio ambiente (o para la indeterminada "calidad de vida") —como sucede en los propios delitos medioambientales—, sino que, como se ha pretendido mostrar, se elevan a comportamiento típico acciones contrarias a la legislación sobre la ordenación del territorio en cuanto tales. Se produce así un desplazamiento imperceptible desde la pretendida protección del medio ambiente o la calidad de vida (posible motivo del legislador) hacia la protección del interés de la administración al mantenimiento del orden en este ámbito, reconocida su incapacidad para mantenerlo por la vía puramente administrativa.

Es cuestionable que el interés (y el fracaso)

de la administración en este particular sector justifique el recurso al Derecho penal. Parece que estamos ante delitos de desobediencia, puros delitos de peligro abstracto, cuya materia debiera permanecer en la esfera administrativa.

La línea de demarcación entre ambos ámbitos, el penal y el administrativo, es tan fluida que el legislador penal se ve obligado a recurrir con frecuencia a la técnica de las leyes penales en blanco. Para determinar el ámbito de lo punible deberá acudir a las correspondientes normas administrativas, no sólo estatales, sino también autonómicas o municipales, las cuales pueden no coincidir en las diferentes zonas del territorio español. De suerte que un mismo hecho puede constituir o no delito dependiendo del lugar en que se cometa. Ello introduce un grado de inseguridad y desigualdad inaceptable en Derecho penal. En la doctrina penal se insiste en que debe recurrirse a la técnica de las leyes penales en blanco con cautela y sólo en supuestos en que, presente una materia cambiante, esté comprometido un bien jurídico firmemente necesitado de protección. Esto sucede con el medio ambiente. Pero es cuando menos dudoso que puede sostenerse lo mismo respecto de la ordenación del territorio en los términos de la actual regulación.

III. Referencias de Derecho positivo

Las breves referencias que siguen pretenden sólo ofrecer el apoyo legislativo de las consideraciones anteriores.

1. El artículo 319 del Código penal tipifica la conducta de promotores, constructores y técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en determinados suelos, a saber, 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 pena prevista en la ley es prisión de seis meses a tres años (conforme a los artículos 33 y 13 del Código penal estamos ante

un delito menos grave), multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años.

El sujeto activo aparece delimitado formalmente: promotor, constructor y técnico director. Ello puede conducir a entender que estamos ante genuinos delitos especiales, esto es, delitos que tienen firmemente delimitado el círculo de la autoría. Sin embargo, se trata de delitos que en principio pueden ser cometidos por cualquiera que actúe como promotor o constructor. El llamado técnico director parece que debe tener una cualificación especial (arquitecto, ingeniero). No existe un concepto técnico, jurídico, unívoco, de promotor, constructor o de técnico director, por lo que estos conceptos deben ser elaborados interpretativamente. Las referencias del Código civil al dueño de la obra, al contratista y al arquitecto (arts. 1.588 y ss.), de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana al promotor al empresario de las obras y al técnico director (art. 264,1), muestran una significativa diversidad terminológica. Por otra parte, en la legislación autonómica, como ha puesto de relieve Boix, se encuentran definiciones no coincidentes entre sí cuya invocación conduciría a una disparidad insostenible. Entendemos que tales pautas jurídicas no pueden considerarse vinculantes y que el concepto de promotor o de constructor debe responder a módulos generales.

En el supuesto de que las funciones de promotor o de constructor sean asumidas por personas jurídicas, responderán sus administradores o representantes conforme al artículo 31 del Código penal (que se corresponde con el artículo 15 bis del anterior Código penal). El nuevo Código penal —como el anterior— presupone el principio *societas delinquere non potest*. La persona jurídica tiene responsabilidad civil, responsabilidad administrativa (artículo 265 de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana) pero no responsabilidad penal. El Código penal no sigue, pues, la tendencia abierta en el ámbito internacional y en el Derecho extranjero (Francia, Portugal...) en favor del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídi-

cas. A lo sumo podrán imponerse las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Código penal aplicables a las personas jurídicas: clausura de la empresa, disolución de la sociedad, suspensión de sus actividades, prohibición de actividades...

La acción consiste en *llevar a cabo* una construcción no autorizada. En el "llevar a cabo" encuentra cabida el emprender la ejecución (tentativa) siempre que la obra no pueda ser caracterizada todavía como construcción, y el concluir la (consumación). Se trata de un delito de resultado. (Se ha podido sostener, sin embargo, que ya con el inicio de la construcción se cumple el tipo.)

Boix se ha ocupado de que deba entenderse por *construcción* a efectos del tipo. En un sentido *amplio* el concepto de construcción se extiende a toda transformación material, externa (edificaciones, fuentes, estatuas, instalaciones). Pero en un sentido restringido podrían considerarse fuera del concepto, por ejemplo, las instalaciones eléctricas. Así el artículo 86 del Reglamento de Disciplina Urbanística alude separadamente a edificaciones, construcciones e instalaciones.

Es asimismo dudoso que deba entenderse por *no autorizada*. Por supuesto ha de estarse a las normas administrativas sobre la materia. No autorizada es la construcción llevada a cabo sin autorización o licencia o excediéndose o en contra de la misma (en cambio, si la autorización o licencia es nula o ilegal, no es clara la realización del tipo).

Finalmente, la construcción no autorizada ha de llevarse a cabo en *determinados lugares*, especialmente protegidos, que se describen en el tipo en una enumeración redundante e imprecisa.

Desde un punto de vista subjetivo no se incrimina la comisión culposa, por lo que el error de tipo conducirá incluso si es vencible a la impunidad (art. 14,1 del Código penal).

2. Conforme al artículo 319,2 se impondrá pena de prisión de seis meses a dos años (también delito menos grave), multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo

una edificación no autorizable en suelo no urbanizable.

Respecto del sujeto activo cabe dar por reproducido lo indicado con relación al artículo 319,1. La acción consiste en *llevar a cabo* una *edificación* no autorizable. Es delito de resultado para cuya consumación parece exigirse una *edificación*. El comienzo de ejecución que todavía no pueda caracterizarse de edificación constituiría tentativa. (Sin embargo, no ha dejado de considerarse realizado el tipo, también aquí, ya con el comienzo de la edificación.) El concepto de edificación es más restringido que el de construcción a que alude el párrafo 1 del artículo 319 del Código penal. Ha de tratarse de una edificación no *autorizable*. Habrá que estar a los planes de ordenación para establecer si concurre esta característica. El sentido de la expresión "no autorizable" —en contraste con la expresión "no autorizada" del artículo 319,1— parece responder al fin de dejar fuera del tipo las edificaciones no autorizadas (sin licencia, que se exceden de la misma, o vayan en contra) pero susceptibles de ser legalizadas posteriormente. El tipo reclama que la acción se lleve a cabo en suelo *no urbanizable*. De nuevo hay que estar aquí a las normas administrativas (a la ley del suelo, a los planes de ordenación, a las leyes autonómicas).

Desde un punto de vista subjetivo se trata asimismo de un delito doloso, no estando incriminada la comisión culposa.

3. En el artículo 319,3 se faculta a jueces y tribunales para, motivadamente y a cargo del autor del hecho, ordenar la demolición de la obra (sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe).

4. Finalmente, el artículo 320 en sus números 1 y 2 tipifica sendas modalidades de prevaricación agravadas: la autoridad o funcionario público que informe favorablemente proyectos de edificación o concesión de licencias contrarios a las normas urbanísticas vigentes (art. 320,1), y 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 (art. 320,2). En ambos supuestos se exige que la acción se realice a sabiendas de su injusticia.

IV. Recapitulación

Se ha pretendido mostrar:

1. Que el grupo de los delitos sobre la ordenación del territorio constituye una nota discordante —como los delitos sobre el patrimonio histórico— en el ámbito de los delitos medioambientales.

2. Que, en cualquier caso, el legislador de 1995 no ha tomado en cuenta el peligro para el medio ambiente o la calidad de vida incorporándolo a los tipos de los delitos urbanísticos o contra la ordenación del territorio. Ni siquiera ha exigido un peligro posible o hipotético. Dicho peligro es, a lo sumo, motivo del legislador.

3. Que una incorrecta ordenación del territorio puede suponer un grave deterioro del medio ambiente. Pero no ha sido ésta la perspectiva adoptada por el legislador, quien ha elevado a comportamiento delictivo conductas más insignificantes que se mueven en la frontera con el injusto administrativo.

4. Que se elevan a delito conductas de desobediencia a las normas administrativas ante el fracaso de la administración en la lucha contra estas infracciones. Ello parece pugnar con el principio de intervención mínima que rige en materia penal. Por otra parte, no se procede cuidadosamente a la hora de establecer los límites, siempre borrosos, entre el injusto penal y el injusto administrativo.

5. Que materialmente es dudosa la necesidad de intervención penal en esta materia. Pero, en cualquier caso, la regulación de los delitos contra la ordenación del territorio o el urbanismo debe pasar, como los delitos contra el medio ambiente, por la incorporación al tipo del peligro para el bien jurídico que se pretende proteger.

6. Finalmente, que el estudio somero de las figuras delictivas en particular muestra también abundantes deficiencias técnicas, además del alto grado de inseguridad y de desigualdad a que puede dar lugar el recurso a la técnica de las leyes penales en blanco en este particular sector.