

EDIFICACIONES EN SUELO NO URBANIZABLE. ¿DELITOS O INFRACCIONES?

Rafael González Millán
Vocal-Secretario de la UAAAP
Mayo 2013

Traemos aquí la síntesis de una reciente sentencia de febrero de 2013 de un juzgado de lo penal en referencia a unas edificaciones realizadas en suelo no urbanizable en un municipio de Andalucía. El interés de esta Sentencia radica en la interpretación que hace el juez sobre el Decreto 2/2012 de 10 de enero por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía y que reabre el **debate sobre la necesidad o no de acudir a procedimientos penales para evitar las edificaciones en suelo no urbanizable.**

SINTEISIS

Diligencias incoadas en virtud de denuncia de la Fiscalía de Medio Ambiente, Urbanismo y Patrimonio Histórico ante un Juzgado de lo Penal.

El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos de autos como constitutivos de un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el artículo 319, 2º y 3º del vigente Código Penal, solicitando la imposición de penas, así como las responsabilidades civiles, costas y demolición de lo construido a costa de los acusados.

La Defensa de los acusados, en igual trámite, solicitó la libre absolución de sus defendidos con todos los pronunciamientos favorables y declaración de las costas de oficio.

La convicción de que los hechos ocurrieron en la forma en que quedaron relatados, fue el resultado de hechos probados que devinieron de la prueba documental obrante en las actuaciones y reproducidas en la vista así como de las testificales y periciales practicadas en el acto del juicio oral.

Los acusados adquirieron por contrato privado un terreno de unos mil metros cuadrados en una zona en la que con carácter previo se había procedido a una parcelación ilegal del terreno en la que muchas personas llevaron a cabo construcciones no autorizadas, hechos por los que se estaban siguiendo otros procedimientos.

La parcela referida estaba ubicada en terreno cuya consideración urbanística en su momento y a la fecha del inicio de la construcción era la de suelo no urbanizable común.

Los acusados, con posterioridad pese a ser conscientes de la calificación del terreno y circunstancias de su parcelación y sin solicitar licencia municipal, construyeron una vivienda de unos cien metros cuadrados de una sola planta con piscina y fosa séptica, construcciones inacabadas y en marcha cuando las detectó la Policía.

Con posterioridad, el Ayuntamiento elaboró un avance de planeamiento de los asentamientos en suelo no urbanizable en virtud del Decreto 2/2012 de la Junta de Andalucía, para abrir un proceso de regularización de los mismos no estando culminado al día de la fecha.

A criterio del juez, los hechos declarados probados e imputados a los acusados no eran legalmente constitutivos de un delito consumado contra la ordenación del territorio de los previstos en el artículo 319.2 del código Penal vigente, pues no concurrían en los hechos probados cuantos elementos caracterizan esta infracción Penal. Así:

1. Elemento Objetivo Comisivo. Llevar a cabo una construcción no autorizada.
2. Elemento Objetivo Normativo. Que tal construcción tenga la consideración de no autorizable y se realice en suelo no urbanizable y no sea legalizable.
3. Elemento Subjetivo. Que el sujeto activo sea el promotor, el constructor y el técnico director de la obra.

En el caso de autos era evidente que concurría el primero de los elementos porque constaba en autos denuncia de la Guardia Civil, con documentación abundante, que así lo acreditaba.

El tercer elemento del tipo era también indiscutible, pues eran los acusados los que promovieron la vivienda y anejos sin que constase otra participación posible de terceros y, por tanto. Los acusados estaban incluidos dentro del círculo de sujetos activos que contemplaba la ley.

En relación al segundo elemento era donde residía el problema, problema novedoso que devenía de la entrada en vigor del Decreto 2/2012 de 10 de enero, que regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable de la Comunidad Autónoma de Andalucía (Boja 19).

Con arreglo a las Normas Subsidiarias del Municipio, vigentes a la fecha de construcción de la edificación de referencia, tal como resulta de la documental existente en el procedimiento o aportado al mismo en el acto del juicio, era claro que la construcción realizada no es conforme a Derecho, pues la parcela tenía la consideración de suelo no urbanizable y se practicó con todo descaro en una parcelación ilegal (ilícito administrativo) destinada precisamente a un ulterior y mayor ataque al ordenamiento urbanístico.

Este hecho se describe en la Sentencia como un episodio más del asalto al suelo rural producido en los últimos lustros y que, no atajado, ha producido la estridente discordancia entre la situación real del paisaje y lo que las normas urbanísticas suponen defender.

Sigue diciendo que no obstante, constituyéndose el tipo como norma penal completamente en blanco, este se integra con las normas del Derecho Urbanístico y por ello la concurrencia de los elementos del tipo hace referencia a tal normativa, que precisa ser examinada desde este punto de vista penal.

Se trata de saber en que afecta el Decreto 2/2012 a la tantas veces repetidas posibilidades de legalización de lo construido, posibilidades hasta ahora inexistentes, que tradicionalmente habían servido de argumento exculpativo en este tipo de juicios.

El Decreto citado establece en esencia y como se contiene en su articulado y exposición de motivos un tratamiento nuevo de las edificaciones situadas en suelo no urbanizable incluyendo las edificaciones levantadas al margen de la legalidad. De entre ellas se distingue aquellas respecto de las cuales ha transcurrido el plazo de seis años establecido en el artículo 185.1 LOUA que quedan en situación de asimiladas al régimen de fuera de ordenación y con posibilidad de obtener licencia de ocupación o utilización, salvo que se trate de suelo no urbanizable de especial protección o incluidos en la zona de Influencia del litoral.

El reconocimiento de esta situación habría de hacerse por resolución del Ayuntamiento correspondiente.

Esta normativa, supone en opinión de este Tribunal un cambio significativo en la regulación de base que sirve para integrar el tipo delictivo. Así, constituye en la práctica un reconocimiento del hecho consumado en materia de ilegalidad urbanística que hasta ahora no era previsible.

De este modo, aquellas edificaciones o grupo de ellas (asentamientos) verán en la práctica consolidada su situación por la falta de ejercicio de las potestades administrativas de control y que la Administración opta por solucionar de esta manera. Ello abre las siguientes cuestiones.

a). Sería posible esperar, visto que se ha producido algo que se daba como no esperable, que por el principio de igualdad, aquellos administrados para los cuales no hubiera transcurrido el plazo del artículo 185.1 LOUA pudieran obtener una reforma del reglamento en este punto o la declaración de su ilegalidad pues **la acomodación de la edificación al régimen urbanístico o su expulsión de la ordenación se hace depender del azar de la mayor o menor diligencia de la Administración en la actividad de Policía Urbanística**, lo que es ciertamente peculiar. Es decir, cabría una posibilidad de legalización futura o próxima de estas edificaciones lo que ya no podría calificarse de remota o fantástica como antes del Decreto 2/2012, pues lo que en él se legaliza se había considerado antes algo más que improbable y, sin embargo, ese Decreto existe en la actualidad.

A efectos de la igualdad ante la Ley Penal sería incomprensible que dos hechos iguales: construcción no autorizada en suelo no urbanizable, fuese o no delito dependiendo de que la Administración haya actuado con mayor o menor corrección en el ejercicio de sus potestades, pues esta es la única diferencia entre el edificio o asentamiento legalizable o no, dando por hecho que no se trate de suelo de especial protección o en el que concurran las excepciones previstas.

b). Ya tras la STS 61/1997 de 20 de marzo se había observado el peligro que corría el tipo del artículo 319 al ser norma en blanco de originar quebrantamiento de la igualdad ante la Ley Penal toda vez que al proclamar con toda rotundidad el Tribunal Constitucional la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en el grueso de la normativa urbanística **se podía dar el caso de que algo fuese delito en una Comunidad Autónoma y no lo fuese en otra,** con infracción además, del artículo 139.1 CE. En el caso de que hagamos depender el tipo de la legalización o no de la concreta edificación, este peligro queda agudizado de forma evidente por el tenor de la regulación reglamentaria citada toda vez que al hacer depender de la actividad municipal la concreta legalización de lo construido hace que **lo que puede ser delito en un municipio no lo sea en otro.**

Si, como creemos, adoptamos como criterio la mera posibilidad abstracta de legalización, el peligro de compartimentación del tipo y de desigualdad desaparecen, pero es obvio que si el criterio para integrar el delito es la posibilidad de legalización, el Decreto abre esa posibilidad a todo tipo de edificaciones y asentamientos no excluidos por razones especiales **con independencia de lo que en concreto haga cada Ayuntamiento.**

No se podría admitir, explica el Juez, la argumentación insinuada por la acusación de que no se hubiese legalizado ningún asentamiento aún o que la Junta de Andalucía no tuviese intención de legalizar ninguno, pues el Decreto citado es obra suya y si se elabora, promulga y publica es para aplicarse. Los buenos deseos o las elucubraciones de otro tipo no se publican en Boletines Oficiales.

Por otro lado, si la Administración encargada de velar por el urbanismo es la que, con una legitimidad sobre la que no se puede admitir duda, cambia de tendencia y normativa y la ley penal ha subordinado su aplicación a esa normativa, resulta imposible la aplicación del tipo. Lo contrario llevaría a la **curiosa conclusión de que lo que no se persigue en vía administrativa se castiga, y con la contundencia que se reclama, en vía penal.** El Derecho Penal es un Derecho de cobertura, es decir, sólo puede contemplar conductas ilícitas en otros ámbitos del Derecho, conductas seleccionadas por el legislador por su especial gravedad; pero si la conducta que se contempla deja de ser ilícita en el sector del ordenamiento cubierto, carece de sentido la propia cobertura penal.

Como consecuencia de todo lo anterior el Magistrado-Juez de lo Penal, dicto el fallo absolviendo a los encausados del delito contra la ordenación del territorio de que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal declarando de oficio las costas causadas en el procedimiento.