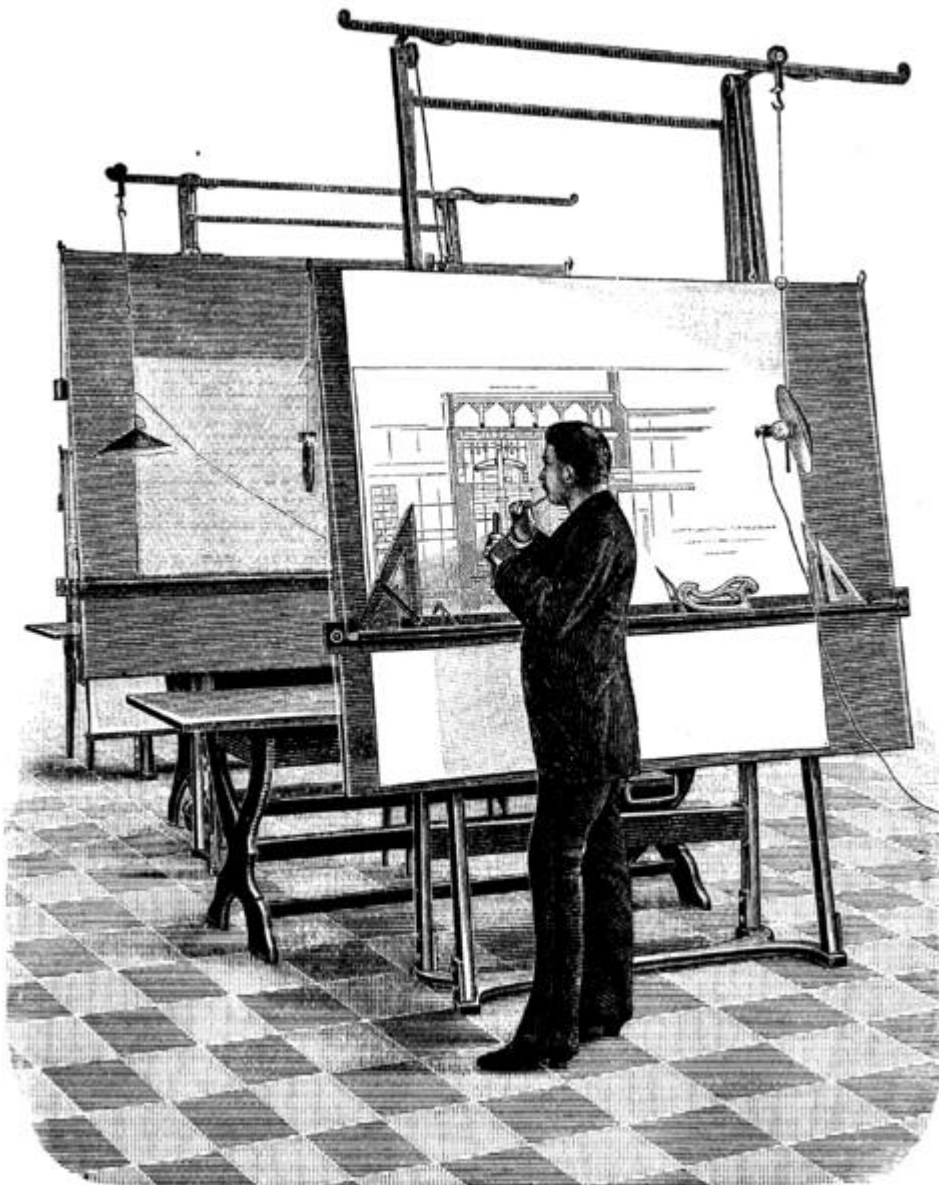


Relación entre urbanismo y corrupción

Ibiza Melián
5 abril, 2015



Categoría: Causas y soluciones de las desviaciones del sistema

El artículo 45 de la Constitución española impone a los poderes públicos el deber de proteger el medio ambiente. Debiendo velar por la utilización racional de los recursos naturales. Y ello en base al derecho conferido a los ciudadanos a disfrutar de un medio ambiente adecuado. **Lo que**

implica asimismo la defensa de la ordenación del territorio. (1) **Precepto relacionado a su vez, entre otros, con el 47 del mismo texto, al decretar que el suelo se ha de regular conforme al interés general** con el fin de impedir la especulación. **Configurándose por tanto como un bien jurídico constitucional.**

De tal manera que, en palabras del Tribunal Supremo: “en el «delito urbanístico» no se tutela la normativa urbanística -un valor formal o meramente instrumental- sino el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de «utilización racional del suelo orientada a los intereses generales» (arts. 45 y 47 CE), es decir la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general.” (2) “Se trata así de un bien jurídico comunitario de los denominados «intereses difusos», pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica - en mayor o menor medida - a toda una colectividad. Su protección - entiende la doctrina más autorizada- se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos y que obedece a la exigencia de la intervención de los Poderes públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social democrático de derecho que consagra nuestra Constitución.” (3) Calificando el Alto Tribunal la situación de algunas zonas de España de desastrosa, en cuanto a la ordenación del territorio se refiere. (4) Otorgando pues a los ciudadanos el estatus de víctimas “de los despropósitos urbanísticos.” (5)

Dentro de este tipo de delitos cabe citar: la ejecución de edificaciones sin licencia (artículo 319 del Código Penal) y la prevaricación administrativa (art. 320 del Código Penal). Y es que, según el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana: “Con la finalidad de reforzar la tutela de la ordenación del territorio, que ya se halla establecida con carácter general en la legislación administrativa, el legislador introdujo en el Código Penal (...) los denominados «delitos sobre la ordenación del territorio», tipificando en sus artículos 319 y 320 determinadas conductas que lesionan o ponen gravemente en peligro el bien jurídico constituido por la utilización racional del territorio conforme a su naturaleza intrínseca y a las previsiones normativas que lo protegen. En el primero de aquellos preceptos se definen y sancionan las conductas que pueden realizar los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo las obras que allí se describen como gravemente lesivas para el referido bien

jurídico, actos que deben ser de mayor lesividad que los ilícitos administrativos que ya se contemplan en las normas de tal clase. En el segundo, se castigan dos grupos de conductas: a) La de la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente la realización de determinados actos gravemente lesivos para dicho bien jurídico, que allí se describen (art. 320.1 (...)). (...) la conducta omisiva de la autoridad o funcionario que, con igual conocimiento de su injusticia, haya silenciado u omitido intencionadamente los actos que él debiera llevar a cabo en el ejercicio de sus funciones para preservar el referido bien jurídico; y b) La de la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, por sí o como miembro de un organismo público, haya resuelto o votado a favor de la aprobación de las obras o de los actos que allí se estiman gravemente lesivos para dicho bien jurídico (art. 320.2).” (6)

Además aclara el Tribunal Supremo que: “la infracción penal coexiste con una serie de infracciones administrativas, por lo que, en virtud del carácter de última ratio que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves (...). Mas la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajista, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina administrativa, se acude al Derecho Penal, como Ultima Ratio.” (7)

Dentro de la prevaricación administrativa son diversas las condenas a Alcaldes por otorgar licencias con informes desfavorables emitidos por los técnicos municipales. (8) Esta conducta específica agrava la sanción del delito genérico de prevaricación contemplado en el artículo 404 del Código Penal. Incorporando en la cuestión urbanística penas de prisión.

Otro delito que cabe citar es el ecológico (artículo 325 del Código Penal). “El tipo básico (...), según expresa la [Sentencia del Tribunal Supremo] de 19 de mayo de 1999, viene configurado por la concurrencia de una acción típica de carácter positivo, consistente en un hacer de «provocar» o «realizar». La acción positiva (...) se proyecta, «directa o indirectamente» sobre una variedad de conductas que se especifican en el Texto Legal como son «emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos. Otro elemento del tipo exige que la acción positiva de realizar o provocar una o varias de aquellas conductas concretas, ha de efectuarse «contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general

protectoras del medio ambiente» (...). Como se dice en la [Sentencia del Tribunal Supremo de] 24 de febrero de 2003, la gravedad del riesgo producido [es] la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal. Por lo demás, como sigue diciendo la primera de las citadas Sentencias, el precepto exige también que la conducta típica se lleve a cabo en alguno de los lugares que señala el precepto, es decir, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, o espacios transfronterizos. A todo lo cual, debe agregarse el elemento subjetivo que informa la conducta desarrollada por el sujeto activo, cuestión ésta que se encuentra vinculada a la naturaleza jurídica del injusto.

Según la misma Sentencia con cita en este punto concreto de la [Sentencia del Tribunal Supremo] de 26 de septiembre de 1994 (a las que se puede añadir la cita, entre otras, de las [Sentencias del Tribunal Supremo de] 2 de junio de 2003, 14 de febrero de 2001, febrero de 2001(sic) y 5 de octubre de 1993, se trata de una infracción de mera actividad que, mediante las actividades que se describen -que han de poner en peligro grave la salud de las personas o el mundo animal o natural que se indica- devienen en un delito de peligro concreto. En definitiva, estaremos ante un delito de peligro concreto y grave que viene generado casualmente por la conducta del agente y cuya producción debe estar comprendida por la consciencia y la voluntad de éste. Este conocimiento y voluntad del riesgo originado por la acción es lo que configura el elemento subjetivo del delito en una gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto, al dolo directo o eventual según el nivel de representación de la certeza o probabilidad del resultado de la conducta ejecutada y de la decisión de no desistir de ella a pesar de las perspectivas previstas por la mente del sujeto.

No obstante no se puede ignorar que en la actualidad las últimas tendencias jurisprudenciales, sobre la base del tenor literal del tan citado delito previsto en el artículo 325 CP (...) y en atención a criterios de interpretación teleológica y mayor eficacia para la protección del medio ambiente cuando resulta muy dificultoso o imposible determinar el origen de contaminación y se trata de zonas sometidas a intensa contaminación (en definitiva, por razones de prueba de la causalidad), tienden a considerar que dicho delito se configura como un delito de peligro abstracto (así las [Sentencias del Tribunal Supremo de] 25 de octubre de 2001 y de 24 de febrero de 2003, esta última ya citada y (...) dictada en un caso de contaminación acústica). La estimación de que estamos ante un delito de

peligro abstracto determina que, según esta Sentencia, no se requiera la producción del perjuicio, sino que basta con la capacidad de producirlo, y por otra parte según la primera de las citadas, que «basta la constatación de la realización de la acción peligrosa (...) para que el delito pueda entenderse cometido», aunque, según la [Sentencia del Tribunal Supremo de] 24 de febrero 2003, «en cualquier caso, no debe perderse de vista que si bien la configuración del delito contra el medio ambiente del art. 325 CP permite eludir, en cierta manera, los problemas de causalidad, sí que resultará imprescindible la rigurosa comprobación de que la conducta desarrollada ha resultado adecuada e idónea para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales».” (9)

Recogiendo por su parte el artículo 329 del Código Penal el delito de prevaricación medioambiental. Conforme a lo aseverado por el Tribunal Supremo: “El legislador (...), ha querido incluir como una modalidad específica de prevaricación, la cometida por la Autoridad o funcionario que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente, la concesión de licencias manifiestamente ilegales, que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes. También incluye otra modalidad alternativa, que sólo pueden cometer, aquellos que, teniendo la misión técnica de verificar las condiciones de la instalación y de realizar periódicas inspecciones, hubieren silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general, dictadas para aminorar o eliminar las actividades contaminantes de la industria en cuestión.

También castiga a la autoridad o funcionario que, por sí mismo o formando parte de un órgano colegiado, hubiese votado o resuelto a favor de su concesión, a sabiendas de su injusticia.” Ergo: “La acción típica, viene integrada, no sólo por conductas activas (informar favorablemente), sino también omisivas (silenciar infracciones normativas de carácter general con ocasión de sus inspecciones). Nadie discute que, a pesar de la descripción utilizada, el tipo específico encierra en sí el contenido de la prevaricación genérica, lo que nos lleva a la posibilidad de admitir la comisión por omisión. (...) La modalidad de prevaricación omisiva ha sido aceptada por la jurisprudencia de esta Sala y adquiere todavía una mayor justificación y razonabilidad en los casos de actuaciones de los funcionarios responsables en actuaciones medioambientales. (...) Como tal delito de infracción de un deber, éste queda consumado en la doble modalidad de acción o comisión por omisión, cuando ignora y desatiende la aplicación de la legalidad, convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad, y, por tanto,

arbitraria, no siempre exige un efectivo daño a la cosa pública o servicio de que se trate en clave de alteración de la realidad, pero siempre existirá un daño no por inmaterial menos efectivo. Dicho daño está constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellas debe merecerle, porque, como custodios de la legalidad, son los primeros obligados, y esta quiebra puede producir efectos devastadores en la ciudadanía, pues nada consolida más el estado de derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la Ley y que, por tanto, el que se aparta de la norma recibe la adecuada sanción que restablece aquella confianza rota -en tal sentido [Sentencia del Tribunal Supremo de] 22 [Mayo de] 2001-." En este caso concreto, objeto de estudio del Tribunal, se condena al Alcalde por el delito de prevaricación medioambiental en su modalidad de omisión, como responsable de los servicios técnicos que obviaron las obligatorias inspecciones. Al tolerar la actividad de una Granja, que supuestamente vertía purines de cerdo al cauce de un torrente, con grave riesgo para los recursos naturales, el medio ambiente y la salud pública. (10)

Otro tipo común de delito de prevaricación medioambiental es el causado por la inactividad de los máximos regidores ante el ruido excesivo que provocan determinadas industrias. Castigando el órgano sentenciador la conducta omisiva del sujeto, al silenciar *"las inspecciones, dejando deliberadamente sobre la mesa los informes inequívocos de las mediciones."* Con *"reiterada conducta de pasividad y desprecio hacia los intereses de sus ciudadanos haciendo oídos sordos a la situación que sufrían y permitiendo la actuación de la industria a sabiendas de que actuaba en contra de las disposiciones legales y administrativas."* (11)

En sí la corrupción afecta mayormente a los Ayuntamientos, especialmente en el caso de los delitos urbanísticos. Y muchas veces caemos en la concepción de que el prevaricador, por ejemplo, ha sucumbido además al cohecho (artículo 419 del Código Penal). Permitiendo o aprobando irregularidades a cambio de un suculento beneficio económico. Ese sería el razonamiento más fácil a la hora de articular un discurso simplista para luchar contra la corrupción. Empero, lamentablemente este axioma no siempre se cumple. Porque, ¿no sería igualmente prevaricación urbanística el hacer caso omiso ante la construcción de una pobre casa de madera sin licencia en un terreno rústico? Por alguien que carece de recursos para aspirar a algo más y que se ve abocado a cometer el ilícito si no quiere acabar

viviendo debajo de un puente. Mas el Alcalde municipal, ante una denuncia interpuesta, pongamos por caso de otro vecino que mantiene una inquina con el susodicho sujeto, ha de actuar.

O la conversión de un bar por las noches en una zona de baile, momento en el que se produce un aumento considerable de los decibelios por la música, sobrepasando con creces el límite permitido. Donde además va la mitad del pueblo los fines de semana a disfrutar de tan distendido ambiente. Sin embargo, una minoría que vive cercana al lugar se queja del perjuicio que les causa el ruido. Y es que en palabras de la Audiencia Nacional: *“ciertos daños ambientales, en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar privándola del disfrute de su domicilio.”* (12) Siendo un hecho que afecta no sólo a un regidor, sino que es algo continuado en el tiempo, por lo que los Alcaldes implicados corresponden a distintas legislaturas. Aduciendo el último que si no hizo algo al respecto el anterior para qué lo va hacer él y enemistarse con una gran parte de los vecinos. Total los que se quejan son menos, con lo que el perjuicio en las urnas es más reducido. Lo que ante un Tribunal en ningún caso es una eximente de responsabilidad penal.

Por tanto, ¿vale de algo aquí un florido código de conducta ética? ¿O el endurecimiento de los castigos? En el primer supuesto podríamos incluso aducir que el sujeto ha actuado por instinto natural. Tratando incluso de proteger al más débil. Y hasta pudiera acaecer que el Alcalde sabe de la precaria situación económica del Señor, pero la entidad local no dispone de medios para suplir el quebranto de ese individuo. Si cumple la norma, que es lo que por ley tiene que hacer, pondrá a una persona en la calle. Echándolo de su propiedad. Y si además tiene hijos menores a su cargo se agravaría incluso el drama. Circunstancias que pueden acontecer en núcleos muy pequeños donde todos se conocen, llegando a tocar a la puerta de la residencia privada del máximo edil para narrar sus vicisitudes. Así las cosas, si incumple la norma lo más probable es que acabe con una condena de inhabilitación para cargo público, pudiéndose igualmente ver privado de libertad, además de caerle multa. Y si la cumple, sufrirá pesadillas por las noches, por la impotencia ocasionada al no poder solventar las penurias de ese vecino. A lo que se sumará el rechazo y críticas exacerbadas de aquellos que desconocen la ley pero siempre están dispuestos a zarandear al contrario.

En la segunda hipótesis, si cumple el ordenamiento jurídico sabe que no ganará

las siguientes elecciones. A lo que cabe añadir la animadversión que le harán sentir sus vecinos durante el resto de la legislatura. Si no la cumple: inhabilitación, penas de cárcel, multa. Con lo que se ha de jugar con la capacidad de presión que es capaz de soportar una persona para conocer si se optará por una u otra opción.

Erigiéndose por tanto como única solución el pasar de la figura del “*strong-mayor*”, que nosotros tenemos, a la del “*city-manager*”. Para retirar el peso de la guadaña que pende día tras día sobre la cabeza de los cargos electos municipales. A quienes todos están prestos a, metafóricamente, decapitar. Mas con escasa capacidad de ver el problema desde una posición de empatía y verdaderamente resolutive. Y es que quizás si se continúa persistiendo en las mismas soluciones, lo único que pasará es que o bien a la política municipal llegue lo peor de lo peor. Lo que se desencadena ante el miedo aterrador que supone ese cargo cuando se es consciente de lo que implica. O que se paralice la Administración ante el pánico por cometer un error y ver tu nombre negativamente mentado en los matutinos o vespertinos rotativos.

Otro punto es que **durante mucho tiempo el desarrollo urbanístico ha sido una de las principales fuentes de ingreso de los Ayuntamientos.** Aspecto que ya advertía la Circular 1/1990 del Fiscal General del Estado acerca de la contribución del Ministerio Fiscal a la investigación y persecución de los delitos contra el medio ambiente. **Propiciándose una indulgencia frente a presuntas desviaciones urbanísticas, al significar los ingresos provenientes de esta actividad un considerable empuje a las siempre necesitadas arcas municipales. Amén de favorecer una reducción en el número de desempleados locales.** Con lo que bastantes residentes también mirarán con benevolencia a esas descomunales edificaciones no del todo exactas dentro de los parámetros legales. Produciéndose por tanto la infracción del ordenamiento territorial sin que ningún político haya necesariamente obtenido un espurio beneficio patrimonial. (13)

Recogiendo el artículo 59.2 del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales el **Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras** (ICIO), “*cuyo hecho imponible está constituido por la realización, dentro del término municipal, de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia, o para la que se exija presentación de declaración*

responsable o comunicación previa, siempre que la expedición de la licencia o la actividad de control corresponda al ayuntamiento de la imposición” (artículo 100 del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales). *“El impuesto se devenga en el momento de iniciarse la construcción, instalación u obra, aun cuando no se haya obtenido la correspondiente licencia”* (artículo 102.4 del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales). Además hay que mencionar el **Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana** (IVTNU), o sea, la Plusvalía, que *“grava el incremento de valor que experimenten dichos terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad”*, ya sea *“inter vivos”* o *“mortis causa”*, a título oneroso o gratuito (artículo 104.1 del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) y se paga sólo cuando se transmite la propiedad del terreno (artículo 109 del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales). Asimismo el artículo 59.1.a del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales recoge el **Impuesto sobre Bienes Inmuebles** (IBI), que conforme al artículo 60 del mismo texto legal grava el valor de los Bienes Inmuebles y se abona anualmente (artículo 75 del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales). Siendo actualmente uno de los porcentajes más reseñables dentro de los ingresos del presupuesto municipal. (14) Usados para financiar habitualmente servicios públicos.

Y es que aparte de los anteriores impuestos relativos directamente a la materia urbanística, los Ayuntamientos sólo pueden gestionar el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica -IVTM- (artículo 59.1.c del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales), *“que grava la titularidad de los vehículos de esta naturaleza, aptos para circular por las vías públicas, cualesquiera que sean su clase y categoría”* (artículo 92.1 del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) y se paga anualmente (artículo 96 del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales). Así como el Impuesto sobre Actividades Económicas -IAE- (artículo 59.1.b del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales). Quedando exentas de este último caso todas aquellas empresas que facturen menos de 1 millón de euros (artículo 82 del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales), es decir, la gran mayoría. Con lo que su incidencia en las arcas locales es más bien escasa.

A lo que hay que añadir las tasas *“por la prestación de servicios o la realización de actividades de su competencia y por la utilización privativa o el*

aprovechamiento especial de los bienes del dominio público municipal” (artículo 57 del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales). Y pueden exigir igualmente contribuciones especiales *“por la realización de obras o por el establecimiento o ampliación de servicios municipales.”* Estos últimos supuestos guardan relación también con la actividad urbanística. Debiéndose prestar atención a los ingresos concernientes a: **tasas por licencias urbanísticas; cuotas de urbanización; aprovechamientos urbanísticos; ingresos Patrimoniales por concesiones y aprovechamientos especiales; enajenación de terrenos.** Con los que se cubría una buena parte de las inversiones públicas en el área local. (15) Porque, en virtud del artículo 5 del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales: *“Los ingresos procedentes de la enajenación o gravamen de bienes y derechos que tengan la consideración de patrimoniales no podrán destinarse a la financiación de gastos corrientes, salvo que se trate de parcelas sobrantes de vías públicas no edificables o de efectos no utilizables en servicios municipales o provinciales.”*

Y es que cada actuación de transformación urbanística (artículo 14.1.a del Texto refundido de la ley de suelo) conlleva la cesión de determinado suelo de la misma a la Administración local (artículo 16.1.b del Texto refundido de la ley de suelo). Pudiendo el Ayuntamiento enajenar el Patrimonio Municipal del Suelo (PMS), pero atendiendo a lo mandado por los artículos 38 y 39 del Texto refundido de la ley de suelo, que limitan el uso de los recursos económicos obtenidos a: la edificación de viviendas supeditadas a un determinado régimen de protección pública; sufragar la parte de financiación pública que pudiera estar prevista en la propia actuación urbanística; cuando así lo prevea la legislación autonómica, a otros usos de interés social (urbanísticos, de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del Patrimonio cultural, o de carácter socio-económico para atender las necesidades que requiera el carácter integrado de operaciones de regeneración urbana); y excepcionalmente a reducir la deuda comercial y financiera del Ayuntamiento. Debiendo estarse igualmente a lo prescrito por los artículos 7, 18, 19, 32, 34 y 35 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. (16)

Siendo la enajenación del Patrimonio Municipal del Suelo un caldo de cultivo para la corrupción. Entre los delitos derivados está el de **prevaricación (artículo 404 del Código Penal)**. Con condenas a Alcaldes por favorecer a una de las partes oferentes en el concurso público, al objeto de

asegurarle la adjudicación de las parcelas. Alegando la Audiencia Provincial de Cádiz que el Tribunal Supremo recuerda respecto a este tipo de delito que: *“el bien jurídico protegido por el legislador es el recto y normal funcionamiento de la Administración, con sujeción a sistema de valores proclamado en la Constitución y en consideración de los arts. 103 y 106 de la Constitución que sirven de punto de partida para cualquier actuación administrativa. Por el primero se establece la obligación de la Administración de servir con objetividad a los intereses generales con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho. Por el segundo se indica el sometimiento al principio de legalidad de la misma actividad administrativa.»* (...) [Y] *No existe Jurisprudencia ni doctrina que en relación al requisito subjetivo del tipo exija como elemento integrante del mismo el ánimo de lucro en la persona del sujeto activo, la consumación del delito de prevaricación puede producirse cuando se dicte una resolución injusta que implique un torcimiento del derecho, aun cuando el sujeto activo no persiga un beneficio propio.*” (17) Por tanto, delito no necesariamente vinculado al cohecho (artículo 419 del Código Penal).

Y por último no hay que olvidar, dentro de los ingresos que reciben los Ayuntamientos, las aportaciones del Estado. Reguladas en el Capítulo III, del Título II del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Después hay que tener en cuenta que el urbanismo y la ordenación del territorio son materias de posible asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas, en virtud del artículo 148.1.3º de la Constitución española. **Acción que han acometido todas las regiones en sus respectivos Estatutos de Autonomía.**

Así el urbanismo pretende ordenar el suelo de una manera local, encaminado a la creación y reforma de las ciudades, al que se circunscribiría el planeamiento. **Su competencia es compartida entre las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos.** Por su parte la ordenación del territorio busca una ordenación integrada de espacios supralocales, cuya competencia es exclusiva de las Comunidades Autónomas.

A lo anterior hay que sumar aquellas materias que inciden en el territorio y son de competencia del Estado. Un ejemplo es la legislación básica en materia de medio ambiente, lo que no es óbice para que las Comunidades Autónomas puedan dictar una norma con un rango más amplio de protección.

Incluso no hay que olvidar la eficacia directa del derecho de la Unión Europea, que permite a los particulares invocar su aplicación en el plano nacional. Ni el principio de primacía, que determina que si se da un conflicto entre una norma nacional y una europea, prevalece ésta última. En aquellas competencias sobre materias que los Estados miembros han atribuido a la Unión Europea en los Tratados. Ya sean: exclusivas; compartidas como el medio ambiente; y de coordinación o complementarias.

De tal forma que el planeamiento es el encargado de concretar toda esa amalgama normativa dictada por diversas Administraciones. Su aprobación inicial y provisional corresponde a los ayuntamientos y la definitiva a las Comunidades Autónomas.

Constituyendo algunos límites sectoriales a la potestad de planeamiento: la ley nacional de costas; la Ley de Carreteras del Estado; la Ley de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; la Ley estatal de Puertos; la Ley de Patrimonio Histórico español. Ya que tal como dicta la Sentencia del Tribunal Constitucional 40/1998 de 19 de febrero de 1998, en un mismo espacio físico pueden incidir competencias ejercidas por distintas Administraciones, las cuales deben coordinarse.

Lo que ocurre es que el procedimiento de elaboración y aprobación del planeamiento, puesto que tiene que recoger toda la normativa que incide en el territorio, se convierte en un proceso harto complejo y bastante dilatado en el tiempo. Dando cabida igualmente a la participación ciudadana, integrada habitualmente por contrapuestos intereses. Pero una vez aprobado, aunque su vigencia se entiende indefinida, si cambia cualquier norma que afecte a su ámbito de actuación, habrá que adaptarlo a ella, normalmente a través de la revisión.

Con lo que puede suceder que un Ayuntamiento otorgue una licencia conforme a su plan general. Sin embargo, dicha licencia sería contraria a otra norma autonómica o nacional, porque la entrada en vigor de la ley autonómica o nacional fue posterior a la aprobación del plan general municipal y éste no se ha adaptado aún a la misma. Y claro está, se le pasó por alto al consistorio tenerla en cuenta para su concesión. En tal caso hablaríamos de una licencia ilegal por incumplimiento de una norma

urbanística.

Pero hay que distinguir si las obras se encuentran en ejecución o ya están terminadas. Si se trata del primer caso el Alcalde (artículo 34.1 del Reglamento de disciplina urbanística) está facultado para paralizar la obra como medida cautelar. Pero deberá dar traslado de dicho acuerdo, en el plazo de tres días, al Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículo 34.4 del Reglamento de disciplina urbanística), quien será el que se pronuncie sobre la nulidad. Debiendo seguir los trámites dictados por el artículo 127 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Si procede la anulación se deberá demoler la obra (artículo 35 del Reglamento de disciplina urbanística). Y si la obra ya estuviese terminada el Ayuntamiento ha de revisar de oficio (artículo 53 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local) la licencia en atención a lo prescrito por la normativa sobre procedimiento administrativo común (artículos 102 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). (18) La anulación por alguna de estas vías puede dar lugar a una indemnización, pero en ningún caso cuando se produzca dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado (artículo 39 del Reglamento de disciplina urbanística). (19)

Con unos Ayuntamientos muchas veces con recursos escasos, con una vorágine legislativa urbanística, con revisión de planes generales cuya aprobación definitiva se eterniza en el tiempo, ¿no es presumible un alto margen de error? Quizás lo ideal sería legislar menos y facilitar los procesos. Lo que no es razonable es la inseguridad jurídica que se suscita. Donde a veces algún inversor ha comentado que construir en España es casi cuestión de suerte, de que se produzca a tu favor una alineación de los astros. (20) **Porque ya lo decía el jesuita Juan de Mariana (1536-1624): “Las leyes son muchas en demasía; y como no todas se pueden guardar, ni aún saber, a todas se pierde el respeto.”** (21)

Siendo varias las condenas a Alcaldes a este respecto. Cabe citar el supuesto donde: *“el Alcalde acusado adquirió, junto a otras personas, unas parcelas de terreno rústico, tierra de regadío, legalmente no edificable pero situadas en una zona que una comisión técnica de asesoramiento municipal proponía como ampliación del suelo urbano. Meses después los adquirentes vendieron dicha finca rústica, en parcelas, indicándole a los compradores que se trataba de fincas urbanas, en la expectativa de que realmente llegaran a serlo cuando se aprobara*

la referida propuesta.

Sin embargo las autoridades competentes no aprobaron la propuesta, con lo que el suelo vendido continuó siendo rústico, y por tanto no edificable (...). Es entonces cuando el Alcalde, prescindiendo absolutamente de la legalidad urbanística, y con el evidente propósito de beneficiar a sus clientes y evitar que éstos pudieran demandarle o denunciarle por haberles vendido como suelo urbano lo que no lo era, decidió conceder igualmente licencias de construcción para los terrenos vendidos. Estas resoluciones administrativas de concesión ilegal de licencias de edificación en suelo no edificable, a sabiendas de que no se había aprobado la propuesta de delimitación del suelo urbano y fundadas en la exclusiva voluntad caprichosa del Alcalde, y en sus propios intereses particulares, son las que indudablemente integran manifiestamente el delito de prevaricación (...)” administrativa. (22)

*Y es que tal como se declara en la página 615 de la Memoria elevada al Gobierno por el Fiscal General del Estado en el 2013: **“El marco de la planificación y ejecución urbanística es un campo especialmente propicio para la comisión de delitos por los funcionarios públicos, actuando en su propio interés o en connivencia con terceros.”** Prosiguiendo relatando en las páginas 655 a 657: “Hay una gran mayoría de Memorias de las Fiscalías Provinciales que relacionan corrupción con el urbanismo en los Ayuntamientos. (...) Se trata de un sector de la actividad administrativa en el que se ventilan intereses económicos muy importantes y en el que las decisiones sobre el suelo y sus usos tienen una gran capacidad para generar grandes beneficios económicos. (...) muchos de los supuestos son contra alcaldes por recalificaciones urbanísticas, concesión de licencias de edificación (...).*

El origen de muchos de los hechos investigados deriva de la obtención por un promotor que compra -a veces simple opción de compra- una finca por una escasa cantidad y acto seguido consigue una reclasificación de suelo y la atribución de aprovechamiento urbanístico multiplicando su valor, bien a través de los hoy denostados convenios urbanísticos, bien a través de la modificación del Plan General de Ordenación Municipal. Esa consecución depende, primero de la Autoridad municipal que debe dar el visto bueno al proyecto que se le presenta, y después, necesita de los informes favorables técnicos y jurídicos de la Administración competente en cada caso.

(...)

Se trata de un sector de la administración pública en donde no existen facultades disciplinarias por parte de una autoridad administrativa superior que pueda actuar directamente en caso de comportamientos irregulares.

En esta materia, por el contrario, la regla general es que la facultad de suspender los actos y acuerdos de las Corporaciones Locales no corresponde a una Autoridad Administrativa superior, sino a los Tribunales de Justicia. (...) Hay que destacar aquí, como factor coadyuvante, el hecho de la tardanza en la respuesta judicial a estos supuestos lo cual determina que, por lo general, las irregularidades en este ámbito se convierten en ilegalidades consumadas, generando una problemática más compleja todavía si cabe en la resolución de estos supuestos, al cruzarse intereses de terceros de buena fe.”

Si bien se advierte en la página 658 que se observa: “un aumento importante del número de denuncias en momentos electorales, tratándose de denuncias cruzadas entre los integrantes de distintos partidos políticos con un claro ánimo de influir en el electorado o con ánimo de menoscabar el prestigio social del adversario político.”

La judicialización de asuntos estrictamente políticos no contribuye a resolver los auténticos casos de corrupción.” (23)

Si a este aviso del Fiscal General del Estado, por el presunto uso político que se puede hacer de las denuncias y querellas por casos de corrupción, sumamos la idea esgrimida un día sí y otro también de apartar del cargo a todo imputado, desencadenaremos, si cabe, más enmarañamiento. Porque primero, el órgano judicial una vez presentada la denuncia queda obligado a investigar, excepto que “no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa” (artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Cosa muy poco probable, porque si el supuesto interés del denunciante es hacer un daño electoral al rival, ya se preocupará muy mucho de subsumir los hipotéticos hechos en un tipo penal concreto y de darle apariencia de verdad. Y más si está movido por oscuros intereses económicos para hacerse con el poder y espoleado por un grupo que lo empuja en base a los réditos que obtendrán. Lo mismo ocurre con la querella, la cual deberá desestimarse si los hechos en que se fundan no constituyeran delito o el juez no se considerara competente para instruirlos (artículo 313 de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal). (24)

Aclarando el Tribunal Supremo que: *“el art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ordena la desestimación -en el sentido, de inadmisión- de la querella cuando los hechos en que se funda «no constituyan delito”. La valoración de si tienen significación penal, no puede hacerse sino en función de su relato, tal y como son alegados en la querella, y no de los que resulten acreditados, porque, si averiguarlos es el objeto del proceso, su verificación no puede convertirse en presupuesto de la incoación. En definitiva, y como se afirma en el Auto del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009, la admisión a trámite de una querella no exige la constancia acreditada de lo que afirma, sino la posible relevancia penal de los hechos que contiene, de suerte que sólo si apriorísticamente se descarta su tipicidad, procederá la inadmisión «a limine», mientras que, cuando no se excluya «ab initio», habrá de admitirse a trámite la querella, y será luego en el ámbito del proceso correspondiente donde ha de decidirse la continuación de la tramitación de la causa, o su sobreseimiento, si así procede.”* (25)

Asimismo la imputación se configura como *“una garantía del derecho de defensa”*, a tenor de la definición esgrimida por el Profesor de Derecho Procesal, José María Asencio Mellado. (26) Naciendo la condición de imputado, según el Tribunal Constitucional, con *“la admisión de una denuncia o una querella”*. Figura que se recoge en el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No debiendo el órgano instructor retrasar *“el reconocimiento de la condición de imputado”* para hacerle declarar como testigo. Y es que el testigo *“a diferencia del imputado está obligado a comparecer y a decir verdad, en tanto que al imputado le asiste su derecho a no declarar contra sí mismo.”* Lo que supondría que dicha persona declarase en una situación desventajosa. Ergo, el Instructor debe considerarlo como imputado al objeto de permitirle defenderse y facilitarle la asistencia de Letrado que lo aconseje técnicamente. Con el fin de no vulnerar tales derechos fundamentales consagrados en el artículo 24.2 de la Constitución española. (27) Lo que conlleva que infinidad de personas vayan a declarar ante el juez en condición de imputado, sufriendo el estigma social. Empero, la mayoría de las veces se sobreseen las causas y si se llega a celebrar el juicio se produce la absolución. (28) Transmitiendo a la sociedad una distorsionada imagen de impunidad, cuando verdaderamente no es tal, sino el decurso natural de la justicia.

Así las cosas, y con el sistema actual, dos años antes de las elecciones

presumiblemente proliferarán multitud de denuncias y querellas para presionar que se retire, por parte de los partidos políticos, a los adversarios de la contienda electoral. Da igual lo que diga después la justicia que siempre quedará el recurso del refranero popular: *“Cuando el río suena, agua lleva”*, sólo que no se pudo demostrar. Y no nos percatamos de que con ello estamos socavando más aún el Estado de Derecho. Vulnerando un principio fundamental tan esencial como es el de la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución española). No pudiendo tampoco producirse indefensión (art. 24.1 de la Constitución española). No obstante, alguien dirá, que los políticos deben ser ejemplares y recibir un trato distinto. En ese caso violaremos además el derecho fundamental de igualdad de todos los españoles ante la ley, no cabiendo discriminación alguna (artículo 14 de la Constitución española).

Y si alguno de los políticos apartados se le ocurre recurrir ante los tribunales la decisión de su formación de condenarlo al ostracismo, por una mera denuncia o querella, con la consiguiente imputación, y no por una condena, podría acarrear ya el escándalo internacional. Porque si los órganos jurisdiccionales españoles no le dieran la razón, siempre estaría el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ya que declara el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que: *“Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.”* Proscribiendo el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos la discriminación. Y decreta el artículo 46 del mismo texto que las sentencias son de obligado cumplimiento para España, con efecto de cosa juzgada. (29)

Conclusivamente, en el 2012 la prevaricación administrativa supuso un 23% del total de delitos relativos a la corrupción. Mientras que en los últimos tres años las sentencias concernientes a este tipo penal llegaron al 44% del total de las dictadas por corrupción. (30) Pues **es una constante que el incremento de regulación provoca un aumento de la corrupción. Al otorgarse mayor peso decisorio al político, quien determinará con su elección que un terreno cueste 1, 5 ó 1.000.** Por lo tanto más intervención del suelo no es la solución. (31) En palabras del Doctor en Arquitectura Gonzalo Melián: *“la especulación con base en la actividad política, [es] fuente de toda corrupción y de una mayor tendencia inflacionista de los precios.”* (32)

(1) Conde-Pumpido, C. (2007). Urbanismo, corrupción y delincuencia. En Alcaraz Ramos, M. (Dir.), *El Estado de Derecho frente a la corrupción urbanística*. Madrid: LA LEY.

(2) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 28 de marzo de 2006 (*LA LEY* 154860/2006), Magistrado Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, Fundamento de Derecho Noveno.

(3) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 21 de junio de 2012 (*LA LEY* 91097/2012), Magistrado Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, Fundamento de Derecho Segundo.

(4) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 27 de noviembre de 2009 (*LA LEY* 237334/2009), Magistrado Ponente: Siro Francisco García Pérez, Fundamento de Derecho Tres.

(5) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 27 de noviembre de 2009 (*LA LEY* 237334/2009), Magistrado Ponente: Siro Francisco García Pérez, Fundamento de Derecho Nueve.

(6) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, de 24 de octubre de 2011 (*LA LEY* 303494/2011), Magistrado Ponente: José Flors Maties, Fundamento de Derecho Tercero.

(7) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 27 de noviembre de 2009 (*LA LEY* 237334/2009), Magistrado Ponente: Siro Francisco García Pérez, Fundamento de Derecho Dos.

(8) Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 4ª, de 9 de septiembre de 2013 (*LA LEY* 163795/2013), Magistrado Ponente: José Manuel de Paúl Velasco.

(9) Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2ª, de 29 de septiembre de 2005 (*LA LEY* 278689/2005), Magistrado Ponente: Cristina Domenech Garret, Fundamento de Derecho Tercero.

(10) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 24 de mayo de 2003 (LA LEY 2419/2003), Magistrado Ponente: José Antonio Martín Pallín, Fundamento de Derecho Primero.

(11) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de octubre de 2006 (LA LEY 129161/2006), Magistrado Ponente: José Antonio Martín Pallín.

(12) Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª, de 10 de junio de 2005 (LA LEY 131700/2005), Magistrado Ponente: José Alberto Fernández Roderia, Fundamento de Derecho Cuarto.

(13) Conde-Pumpido, C. (2007). Urbanismo, corrupción y delincuencia. En Alcaraz Ramos, M. (Dir.), *El Estado de Derecho frente a la corrupción urbanística*. Madrid: LA LEY.

(14) García Rubio, F. (2009). El urbanismo como fuente de financiación local. *AFDUAM* nº 12, Urbanismo y corrupción, pp. 185-206. Obtenido el 3 de marzo de 2015, de: https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/12/185_206%20Garcia.pdf

(15) Ré Soriano, D y Portillo Navarro, M. J. (2011). La participación en los tributos del Estado de las entidades locales en el marco de la financiación local. *Universidad de Murcia*. Obtenido el 3 de marzo de 2015, de: <https://www.um.es/estructura/catedras/catedra-oht/documentos/LA%20PARTICIPACION%20EN%20LOS%20TRIBUTOS%20DEL%20ESTADO.pdf>

(16) Dirección General de los Servicios Jurídicos Coordinación Territorial e Internacional. El destino del Patrimonio Público del Suelo tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL). *FEMP*. Obtenido el 3 de marzo de 2015, de: <https://www.femp.es/files/3580-827-fichero/Patrimonio%20Publico%20%20del%20Suelo%20y%20la%20LRSAL.pdf>

(17) Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 7ª, de 15 de marzo de 2011 (LA LEY 4650/2011), Magistrado Ponente: Susana Martínez del Toro.

(18) Barjadí Pascual, G. y Pareja Lozano, C. -Coords.- (2009). *Derecho Urbanístico* (Tercera edición). Barcelona: FUOC.

(19) Fernández, T. (2011). *Manual de Derecho Urbanístico*, pp. 242-243 (22ª edición). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley).

(20) Melián, I. (2014). El caso del “Hotel Algarrobico”. *ibizamelian.com*. Obtenido el 3 de marzo de 2015, de: <https://ibizamelian.com/administracion-publica/el-caso-del-hotel-agarrobico/>

(21) Melián, G. (1 de marzo de 2007). Monopolio urbanístico. *Instituto Juan de Mariana*. Obtenido el 4 de marzo de 2015, de: <https://www.juandemariana.org/ijm-actualidad/analisis-diario/monopolio-urbanistico>

(22) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 31 de mayo de 2002 (LA LEY 5760/2002), Magistrado Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón, Fundamento de Derecho Quinto.

(23) Torres-Dulce Lifante, E. (2013). Memoria elevada al Gobierno de S.M., presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado. *Ministerio de Justicia*. Obtenido el 3 de marzo de 2015, de: <https://s01.s3c.es/imag/doc/2013-09-26/18.informe.pdf>

(24) Armenta Deu, T.; Oromí Vall-llovera, S. y Sala Donado, C. (2010). Módulo 4: El desarrollo del proceso penal (I). La instrucción (fase preliminar). La fase intermedia. En Armenta Deu, T.; García Alberó, J.; Oromí Vall-llovera, S. y Sala Donado, actualización a cargo de: C.Armenta Deu, T y García Alberó, J., *Derecho procesal II*, p. 12 (Segunda edición). Barcelona: FUOC.

(25) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 10 de abril de 2012 (LA LEY 58286/2012), Magistrado Ponente: Julián Sánchez Melgar, Fundamento de Derecho Cuarto.

(26) Asencio Mellado, J.M (5 de abril de 2013). Imputación errónea. *La Nueva España*.

(27) Sentencia 135/1989 del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 19 de julio de 1989 (LA LEY 2401/1989), Magistrado Ponente: Francisco Tomás y Valiente, Fundamento Jurídico Tres.

(28) Ortego Perez, F. (19 de Junio de 2002). La imputación formal ante la reforma del proceso penal. *Diario La Ley*, Nº 5569, Sección Doctrina, p. 1892. Madrid: Editorial LA LEY (LA LEY 2184/2002).

(29) Bondia García, D. (2012). Módulo 4: El sistema europeo de protección de los

derechos humanos. En Aparicio Wilhelmi, M.; Bondia García, D.; Carrillo López, M.; Ferreres i Comella, V.; Gavara de Cara, J.C.; Roig Batalla, A. y Sánchez, V.M., *Sistema español y europeo de protección de los derechos humanos*. Barcelona: FUOC.

(30) Torres-Dulce Lifante, E. (2013). Memoria elevada al Gobierno de S.M., presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado, pp. 654-655. *Ministerio de Justicia*. Obtenido el 3 de marzo de 2015, de: <https://s01.s3c.es/imag/doc/2013-09-26/18.informe.pdf>

(31) Melián, G. (1 de marzo de 2007). Ley del Suelo, por qué hay que votar “no”. *Expansión*.

(32) Melián, G. (24 de mayo de 2008). La desesperanza urbanística de Madrid. *Instituto Juan de Mariana*. Obtenido el 4 de marzo de 2015, de: <https://www.juandemariana.org/ijm-actualidad/analisis-diario/la-desesperanza-urbanistica-de-madrid>