

COMUNICACIONES A LA MESA REDONDA PRIMERA

CRIMEN Y CASTIGO EN EL URBANISMO: ¿NON BIS IN IDEM?

Eva Gamero Ruiz

*Inspectora Ordenación del Territorio y Urbanismo
de la Junta de Andalucía.*

SUMARIO: I. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA. II. DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO SANCIONADOR URBANÍSTICO. III. PROBLEMÁTICA DEL NON BIS IN IDEM EN EL URBANISMO: NORMAS PENALES EN BLANCO, COORDINACIÓN CON MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE RESTAURACIÓN DEL BIEN JURÍDICO AFECTADO, CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENCIA Y CUESTIONES PREJUDICIALES.

I. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

El objetivo de este trabajo es tratar de esclarecer el fenómeno de concurrencia de normas punitivas –penales y administrativas– en el ámbito urbanístico. Y creo que la mejor solución para abordar un tema tan complejo es descartar otros temas que, si bien están muy relacionados, no van a ser tratados en la presente reflexión. Así, anticipamos que no vamos a referirnos al concurso de infracciones o infracciones concurrentes (con la regla general de la imposición de sanciones correspondientes a cada una de ellas); ni a los concursos mediales o ideales; ni a la rica problemática que plantean actualmente los supuestos de concurrencia de ilícitos urbanísticos penales con ilícitos medioambientales, objeto de la disciplina medioambiental, que requiere un análisis casuístico e impide a priori determinar si existe conculcación del principio non bis in idem, como señala Daniel del Castillo Mora²⁵⁷ considerando la orientación transversal u horizontal que tiene hoy el concepto de medio ambiente.

Nos ceñiremos pues a el concurso que puede plantearse entre las normas sancionadoras existentes en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía²⁵⁸ y las normas penales que tipifican los delitos contra la ordenación

²⁵⁷ DEL CASTILLO MORA, Daniel. “El principio non bis in idem en los ilícitos penales y administrativos en materia de medio ambiente y ordenación del territorio: su tratamiento por la doctrina científica y en los tribunales”. *Reflexiones*. Revista de Obras Públicas núm.5. Sevilla, 2008, página 20.

²⁵⁸ Título VI de la Ley 7/2002, artículos 191 a 226.

del territorio en los artículos 319 y 320 del Código Penal²⁵⁹, y a los problemas y lagunas que plantea el principio general de preferencia absoluta de la norma penal.

II. DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO SANCIONADOR URBANÍSTICO

En este punto, buen ejemplo de la tendencia a la tipificación penal de conductas ya tipificadas como ilícitos administrativos son estos llamados “delitos urbanísticos” que no son sino reproducción de algunas de las infracciones descritas en la normativa urbanística, y ocurre que la tipificación penal de tales conductas no ha implicado su exclusión de la lista de infracciones administrativas, de manera que una misma conducta puede ser al mismo tiempo delito e infracción urbanística, con los problemas que ello arrastra, no obstante las diferencias sustanciales que existen entre el Derecho Penal y el Derecho Sancionador urbanístico, incluso cuando el Derecho Penal protege intereses colectivos o difusos, entre otras:

- Diferente alcance de los principios de legalidad, reserva de ley y culpabilidad, con la admisión del complemento indirecto del Reglamento y de la variante de la mera inobservancia en el Derecho sancionador urbanístico, frente a los delitos urbanísticos, contemplados como delitos dolosos;
- Distinta consideración del *iter criminis*, por entender el tipo del art. 319 CP como delito de resultado, frente a la posible sanción administrativa, por ejemplo, de determinados actos preparatorios de parcelaciones ilegales;
- Distintos plazos y cómputo de la prescripción: cinco años para los delitos urbanísticos, cuatro años para infracciones urbanísticas muy graves o graves, si bien no hay plazos para restablecer la legalidad urbanística en los supuestos más graves²⁶⁰. El *dies ad quo* en proceso penal se computa desde el último acto edificatorio, mientras que pueden ejercitarse medidas de disciplina urbanística hasta que la obra no esté definitivamente ultimada y dispuesta para servir al fin previsto.

²⁵⁹ CAPÍTULO I *De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo* TÍTULO XVI *De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente* LIBRO II del vigente Código Penal, el art. 319. 1 contempla el tipo agravado castigando a ... *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;* y el art. 319.2 el tipo básico, *promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.* El tipo de “prevaricación urbanística” se contempla en el 320, castigando el párrafo 1º *a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción 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, y el párrafo 2 a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento... a sabiendas de su injusticia.*

²⁶⁰ Artículo 185.5 Ley 7/2002, de 17 de diciembre.

- Las medidas de protección y reintegración del orden urbanístico infringido -a diferencia de las potestades puramente punitivas, penales o administrativas, regidas por el principio estricto de personalidad de la pena, culpabilidad o responsabilidad personal- pueden exigirse y actuarse por la Administración urbanística frente a terceros ajenos a la vulneración de la ordenación urbanística, quienes, por haber sucedido por cualquier concepto en la titularidad de los inmuebles afectados por la actuación ilegal, quedan también subrogados *ex lege* en las responsabilidades correspondientes (art. 168.2 Ley 7/2002 y 38 RDU²⁶¹).
- Finalmente, el principio *Non bis in idem*: Incompatibilidad entre sanción penal y ulterior sanción urbanística, y posible compatibilidad de las consecuencias penales con las medidas de restablecimiento de la realidad física alterada. Está última cuestión, especialmente compleja, se contempla en la legislación básica estatal, art. 56 RDL 7/2015, de 30 de octubre, Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación urbana²⁶², que concluye: *La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción.*

En Andalucía, la previsión se contiene en el art. 195 Ley 7/2002, de 17 diciembre:

*En los casos de indicios de delito o falta en el hecho que haya motivado el inicio del procedimiento sancionador, la Administración competente para imponer la sanción lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, suspendiendo la instrucción del procedimiento hasta el pronunciamiento de la autoridad judicial. Igual suspensión del procedimiento sancionador procederá desde que el órgano administrativo tenga conocimiento de la sustanciación de actuaciones penales por el mismo hecho.; y el precepto reglamentario de desarrollo, art. 65.6 Decreto 60/2010, de 16 de marzo, Reglamento de Disciplina Urbanística, añade, *La sustanciación del proceso penal no impedirá el mantenimiento de las medidas cautelares ya adoptadas, la adopción y ejecución de las medidas de protección de la legalidad ni tampoco de las medidas que se puedan acordar para garantizar la restauración de la realidad física alterada o del orden jurídico vulnerado, o que tiendan a impedir nuevos riesgos para las personas o daños en los intereses urbanísticos. De las medidas que se adopten se dará traslado al órgano judicial competente.**

²⁶¹ En nuestro derecho positivo, la transmisión de los deberes y cargas urbanísticas opera por ministerio de ley, al margen, aunque a consecuencia y por motivo de la transmisión del dominio del inmueble.

²⁶² Cuando, con ocasión de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística o contra la ordenación del territorio aparezcan indicios del carácter de delito o falta del propio hecho que motivó su incoación, el órgano competente para imponer la sanción lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos de exigencia de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores, absteniéndose aquél de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado.

III. PROBLEMÁTICA DEL NON BIS IN IDEM EN EL URBANISMO: NORMAS PENALES EN BLANCO, COORDINACIÓN CON MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE RESTAURACIÓN DEL BIEN JURÍDICO AFECTADO, CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENCIA Y CUESTIONES PREJUDICIALES

Como viene declarando el Tribunal Constitucional desde su Sentencia 2/1981, de 30 de enero *el principio «non bis in idem» conduce a que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, sea posible que ese enjuiciamiento y calificación se hagan con independencia si resultan de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.*

En principio no habrá lugar a plantearse la virtual incidencia del *non bis in idem* derivado de un fallo penal condenatorio simplemente porque de seguir al pie de la letra los artículos citados, 56 RDL 7/2015 y 195 Ley 7/2002, no cabe, no ya im-poner una sanción urbanística, sino tan siquiera tramitar el procedimiento per-tinente cuando hay razones para el enjuiciamiento penal de los mismos hechos. Sin embargo, en la realidad, la cuestión se complica:

- a) Dada la naturaleza de los delitos urbanísticos como “leyes penales en blanco”, surgen inevitablemente las cuestiones prejudiciales, de forma que, si es devolutiva y existe un previo acto administrativo de autorización impugnado, puede eternizarse la cuestión en el proceso contencioso administrativo, y si no es devolutiva, la resuelve un juez penal que no tiene que ser competente técnicamente para ello.
- b) No es inimaginable que la Administración imponga una sanción sin apreciar que a su juicio existe materia con relevancia penal e incluso desconociendo la existencia de proceso penal alguno. En estos casos, recobra toda su fuerza la vigencia de principio *ne bis in idem*, en el sentido de que desde la corrección su doctrina pasajera, el Tribunal Constitucional ha aclarado que la ejecución de la sanción administrativa no agota la posibilidad de una sanción penal.
Y a la inversa, y este es el supuesto que nos concierne directamente, la sentencia penal condenatoria –dictada estando en curso del procedimiento sancionador urbanístico que hipotéticamente debería haberse suspendido– impide la ejecución de la sanción administrativa, siempre, naturalmente, que entre la sanción que de-viene inejecutable y la infracción penal median los elementos determinantes del *ne bis in idem*: identidad de persona doblemente responsable e identidad del bien jurídico protegido.
- c) La coordinación de la reacción en las dos vías penal-administrativa no está lo-grada respecto de las medidas de restauracion del bien jurídico afectado. La vía pe-

nal es la preferente. Pero antes, e incluso una vez que el juez ha resuelto surgen nuevos problemas, pues puede volver la competencia a la Administración, por la referencia a las medidas de restablecimiento de la realidad física alterada y tendremos que enfrentarnos con posibles cuestiones procedimentales del *non bis in idem* y con la vinculación de hechos probados.

Cabe cuestionarse la compatibilidad entre el enjuiciamiento penal y el procedimiento administrativo de restauración de la legalidad urbanística, en particular respecto de la medida extrema consistente en la orden de demolición de obras y edificaciones ilegales, que en principio concurrirá con la multa o sanción penal que proceda, ST Tribunal Supremo de 28 abril 2000 (R. 4953), 19 mayo 2000 (R4359), 20 junio 2001 (R 6104), 19 febrero 2002 (R.1363), 4 noviembre 2002 (R 9913), del TSJA 18 noviembre 1996 (R.2524) 1 marzo 2001 (R 518). En el ámbito penal, la mayoría de la doctrina estima que la adopción de la medida penal de demolición que, desde luego no es una pena, tampoco es propiamente una responsabilidad derivada del delito, siendo más bien una consecuencia derivada del mismo, art. 110 CP, que se adopta con la finalidad de restaurar el orden jurídico vulnerado por la realización de la construcción no autorizable. El Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, viene señalando, desde su trascendental Sentencia de 21 junio 2012, seguida en la 22 mayo 2013, que esta medida no es excepcional, sino debe acordarse en cualquier caso cuando conste patentemente que la construcción no es legalizable, o cuando haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo a las órdenes o requerimientos de la Administración, y en todo caso, cuando al delito urbanístico se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial, sin que quepan apelaciones al principio de intervención mínima o de proporcionalidad para eludir su aplicación, ni es factible arguir la impunidad administrativa o la desidia de los poderes públicos en su labor de policía para pretender que los jueces y tribunales no restablezcan la legalidad tratando de restaurar el bien jurídico protegido por el delito al estado en que se encontraba antes de ser lesionado²⁶³.

En estas relaciones entre las medidas penales de restauración y el procedimiento administrativo de restablecimiento de la legalidad urbanística caben dos situaciones:

1. El juez penal ordena la demolición de lo indebidamente construido ex art. 319 CP:²⁶⁴ La sentencia penal es título prevalente, y a partir de aquí la Administración

²⁶³ Gema MACÍAS SAÑUDO, *El Derecho sobre la Ordenación Territorial y Urbanística de Andalucía*. Parte II. Pág. 1055. Asociación Profesional de Inspectores/as de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía. IAAP. 2017

²⁶⁴ 319. 3 CP. *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, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*

podrá actuar comisarialmente, y en auxilio judicial. La existencia de una sentencia firme, y por tanto, con efectos de cosa juzgada – y eficacia “erga omnes”, hace primar la ejecución del título judicial sobre cualquier otro tipo de actividad administrativa de inspección o restablecimiento de la legalidad, que concierne directa y principalmente al Tribunal. Así resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1986 que puntualizó que, en todo caso, que el artículo 118 de la Constitución subrayaba y reforzaba el papel colaborador y la obligación primordial de la Administración de cumplir voluntariamente las sentencias judiciales, ratificando lo que en aquel momento el Tribunal calificó como medidas indirectas de ejecución, cifradas en recabar el auxilio de un órgano de la Administración incumplidora del fallo judicial. La actividad subrogatoria desarrollada por este tipo de Comisarios *ad hoc* de la Jurisdicción queda sometida a la regla general expresiva de que toda actividad administrativa en ejecución de sentencias es materialmente judicial y queda sometidas al poder anulatorio del Tribunal. Recordemos que la doctrina de la actividad formalmente administrativa, si bien referido a la jurisdicción contencioso administrativa, ha sido ratificada expresamente en sentencia del Tribunal Constitucional de 18 mayo 1998 (RJ 1998/3850): si en el seno de un incidente de ejecución se dictan medidas de ejecución, como es el caso, que se considera que van más allá de lo que es ejecución estricta, ha de ser el órgano jurisdiccional que ejecuta la resolución quien las deje sin efecto, pues tales extralimitaciones han de ser atribuidas al órgano jurisdiccional, que es quien ejecuta la sentencia, y no al ente administrativo, que en el proceso de ejecución se limita a acordar lo que el órgano jurisdiccional ordena. En consecuencia, en el ámbito del proceso de ejecución los actos que se dicten, están bajo el control del órgano jurisdiccional que ejecuta la resolución objeto de ejecución.

2. A la inversa, un proceso judicial terminado con Sentencia Firme que no se pronuncie sobre la demolición ¿deja intacta la facultad restitutoria de la Administración? En todo caso, habrá que respetarse el principio de vinculación para la Administración de los hechos declarados probados por las resoluciones penales firmes, principio que entronca, al menos indirectamente con el *ne bis in idem*, en el sentido de que la preferencia de la jurisdicción penal encuentra su justificación en la necesidad de evitar valoraciones jurídicas contradictorias en detrimento del valor superior de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), o incluso con el derecho fundamental a no sufrir indefensión (24.2 CE). Por tanto, la Administración urbanística queda vinculada por los hechos probados de la sentencia penal, pero podría darse la extravagante posibilidad de que la Administración urbanística acuerde y ejecute la demolición en un el seno de un procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística tramitado de forma previa o simultánea al proceso penal, con suspensión del procedimiento sancionador, y finalmente, en el proceso penal la declaración de hechos probados de la Sentencia califique los hechos de forma diversa a como han sido apreciados por la Administración y ni siquiera advierta la existencia de infracción urbanística.

Los plazos de la Administración para la tramitación de los procedimientos sancionador y de restablecimiento de la legalidad urbanística quedarán interrumpidos mientras actúe la jurisdicción penal por delito contra la ordenación del territorio. Concluido el proceso penal, debe darse cuenta a la Administración competente, la cual debe proceder a restablecer la legalidad urbanística, con pleno respeto a los hechos probados por las resoluciones judiciales firmes. La sanción penal es perfectamente compatible con la adopción de medidas para restablecer la legalidad (art. 28.2 Ley 40/2015, art. 56 TRLS 7/2015, arts. 68 y 189 Ley 58/2003, General Tributaria) pues la prohibición de doble sanción sólo se refiere a la imposición de sanción administrativa. En definitiva, si los plazos para restablecer la legalidad urbanística quedan suspendidos mientras se tramita el procedimiento penal, resultará prácticamente imposible que la edificación en cuestión pueda ser declarada en situación de fuera de ordenación o asimilada, pues no habrían transcurrido los plazos para restablecer la legalidad urbanística (en este sentido, vid sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 1972 [RJ 1972, 332], 9 de febrero de 1983 [RJ 1983, 812], 18 de febrero de 1995 [RJ 1995, 1661], del TSJ Canarias núm. 408/2002 de 10 abril, RJCA\2002\943 y de la Audiencia Provincial de Almería de 13 julio 2009).

La coordinación entre los órdenes administrativo y penal, que en esencia es el trasfondo de la figura del *non bis in idem* puede alcanzar un mayor grado de complejidad si se tiene en cuenta que las Sentencias firmes, si bien son títulos ejecutorios y en principio vinculantes para el resto de poderes públicos, pueden quedar sin efecto, pero no por decisión graciosa del órgano judicial ni por la resistencia de la administración o de los particulares a cumplirla, sino en virtud de una apreciación sobre la imposibilidad de cumplirla por motivos fácticos o legales, estos últimos comprensivos de los supuestos de modificación o alteración sustancial de la legalidad cuya restauración se pretendió precisamente a través del pertinente proceso penal. Sin necesidad de entrar en el detalle de la rica gama de situaciones que pueden producirse a la luz del artículo 18 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dejaremos apuntado que esta norma dispone que: *1. Las resoluciones judiciales solo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las Leyes. 2. Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el juez o tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Solo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el juez o tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización.*

Otra cuestión que puede plantearse con frecuencia en la práctica de la disciplina urbanística es el de la compatibilidad entre la adopción de medidas administrativas

de revisión de oficio o impugnación en vía contencioso administrativa de una licencia urbanística cuyo contenido constituye o habilita de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves definidas en la ley (art. 190 Ley 7/2002, de 17 de diciembre) con la tramitación de un proceso penal por el delito de prevaricación urbanística contra la persona que otorgó la licencia en cuestión. Respecto a las vías penal y administrativa de revisión, se entiende que existe compatibilidad en la medida en que no hay solapamiento entre la conducta tipificada penalmente y las infracciones de la legislación urbanística que provocan la revisión de oficio de las licencias, siendo diferente el bien jurídico protegido en uno y otro caso.

En cuanto a la compatibilidad entre orden penal y contencioso administrativo en materia urbanística, la regla general del art. 10 Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial es que cada orden puede conocer a efectos prejudiciales de materias propias de otros órdenes, si bien cuando la prejudicialidad es penal, la regla general es la suspensión del procedimiento contencioso administrativo. En todo caso, se trata de evitar pronunciamientos contradictorios sobre unos mismos hechos, pues la prejudicialidad no es sino una regla de distribución en el tiempo del trabajo jurisdiccional, pero no determina la suerte definitiva de la cuestión de fondo y deja a salvo la posibilidad de calificación independiente de cada orden jurisdiccional (penal y contencioso administrativo), de acuerdo con los principios que inspiran la rama del Derecho correspondiente. Es decir, una condena penal por cohecho no aboca indefectiblemente a la nulidad administrativa del título urbanístico otorgado; de la misma manera que la absolucón en sede penal es compatible con la nulidad en vía administrativa del acto correspondiente, por ejemplo, un delito de prevaricación que ha prescrito penalmente puede dar lugar a la declaración administrativa o contencioso administrativa de nulidad de pleno derecho de la licencia otorgada a sabiendas de su injusticia