

Delitos Urbanísticos: Defensa de los intereses generales

José Antonio Martín Pallín

Magistrado emérito del Tribunal Supremo

1. INTERESES INDIVIDUALES E INTERESES PLURI-SUBJETIVOS.

El Derecho Penal durante mucho tiempo ha estado anclado y ha construido toda su dogmática sobre los elementos del delito, en función de la existencia de conductas que atacan a bienes jurídicos individuales. Por ello, los esquemas de acción y resultado, sujeto y víctima, estaban muy delimitados. La teoría que se construyó respecto de la culpabilidad, de los elementos del tipo, o la privación de libertad como eje de la respuesta penal, con las alternativas de las medidas de seguridad, tenemos que revisarlas y adaptarlas a la aparición de un Derecho Penal que ya no puede volver la espalda, si no quiere quedarse fosilizado, a la protección de los bienes jurídicos colectivos, que algunos llaman, pluri-subjetivos. Personalmente no me gusta la expresión acuñada por los italianos, que los califican como bienes difusos. Me parece un magma, difícilmente manejable o perceptible. Ello nos conduce a recordar que la elasticidad del derecho permite absorber determinadas conductas sin mayores contratiempos para los que las realizan.

Es cierto que el Derecho Penal se enfrenta a un reto. El Derecho Penal tiene una vocación de taxatividad y certeza. Los ciudadanos deben saber que determinadas conductas merecen reproche y cuál es la razón. En este punto radica la base de la seguridad jurídica, no en otros aspectos que no comparto. El ciudadano debe conocer efectivamente cual es la postura del legislador y por qué le reprocha esa conducta. Puede que la acción afecte no a una persona en concreto, en el homicidio al muerto, en la libertad sexual a la agredida, en la propiedad individual al robado o estafado. En otros casos, afecta a intereses colectivos que, repito, no son para mí difusos, sino que, en todo caso, son pluri-subjetivos.

Es decir, sin romper el esquema del derecho subjetivo como base de la acción y reacción del derecho, el ciudadano le pide al Estado que accione o que reaccione, ante derechos pluri-subjetivos. Los puede activar una sola persona pero, a su vez, tiene un efecto reaccional sobre todos los que se encuentran en la misma situación o en la misma posición que él que actúa. En este terreno se encuentra el campo abonado para lo que es una tradición de nuestro derecho procesal, que también habrá que revisar y actualizar, como la acción pública y la acción popular. Normalmente la mayor parte de los delitos son públicos, pero en

la práctica el monopolio de la acción lo tiene el Ministerio Fiscal, aunque puede haber acusación particular y acusación popular, pero estadísticamente, en la mayoría de delitos la acción popular no existe.

Cuando afrontamos estos intereses pluri-subjetivos, la acción pública encaja perfectamente con la naturaleza del bien que se quiere tutelar, de tal manera que una persona puede ejercitar su acción defendiendo un interés subjetivo compartido, consciente de que además está protegiendo los intereses subjetivos de los demás. De esta manera se convierte en un actor de la colectividad, por encima de cualquier interés puramente egoísta o particular. También habrá que reconocerle un interés respetable a que se le indemnice o se le repare por el perjuicio que ha sufrido.

Hasta tal punto estos intereses colectivos o generales no son difusos, lo demuestra el hecho de que las ciencias de la investigación y análisis de los fenómenos, del urbanismo o del medio ambiente, están en condiciones de cuantificar de forma exacta o muy aproximada, cuál es el impacto que se produce sobre la sociedad en general y sobre ciudadanos concretos en particular, por la comisión de hechos delictivos de esta naturaleza que afectan a intereses colectivos.

2. EFECTOS COLATERALES.

Por poner un ejemplo y seguir con mi exposición, en materia de medio ambiente, que más que difuso, es un bien gaseoso. Las conclusiones científicas basadas en estudios rigurosos de la Organización Mundial de la Salud y de Academias especializadas, en España mueren dieciséis mil personas al año por el efecto directo o inducido de la contaminación ambiental. Este es un dato y no una abstracción genérica. La acumulación de resultados no se sabe adónde nos puede llevar. Se sabe y está cuantificado, siempre por supuesto con el riesgo de la exactitud. Tenemos el diagnóstico y disponemos de las estadísticas.

Los efectos malignos de estos delitos se generalizan. Se trata de un mal grave en sí mismo que, además, produce -empleando una terminología muy al uso-, unos daños colaterales tan importantes que si el Derecho Penal mira hacia otro lado, creo que puede arrastrar incluso al sistema político democrático hacia zonas no deseadas. Se ha hablado, y creo que nadie lo podría discutir, que el urbanismo está asociado a la corrupción de funcionarios nacionales e internacionales, cohechos, prevaricaciones, información privilegiada, falsedades documentales, estafas, impactos medioambientales, contaminación acústica y de las aguas, y ahora del blanqueo de dinero.

3. CRIMINALIDAD ORGANIZADA.

Conviene advertir que el blanqueo de dinero no se hace gratuitamente o de una forma artesanal. En una operación fraudulenta en la que intervienen importantes estructuras del sistema financiero y redes de organizaciones criminales. De ahí a crear un sistema mafioso, el paso es muy fácil y cuando nos

demos cuenta o sin darnos cuenta, nos encontramos ante verdaderas mafias en su verdadero sentido, es decir, crimen más poder político. En España se confunde el concepto de organización criminal con el concepto de mafia. La mafia es un grupo, a mi modo de ver, mucho más extenso, que supone la ocupación de parcelas de poder político.

El ejemplo italiano es prototípico. La mafia italiana tiene siempre algún senador o diputado, algunas veces incluso algún obispo, véase El Padrino, por tanto no hay que confundirla con las organizaciones que se dedican a traer personas inmigrantes en situaciones graves para su seguridad que, por supuesto hay que perseguir. La mafia es algo que los italianos que después exportaron a Norteamérica, saben perfectamente cómo funcionan. Que les pregunten a nuestros exportadores de aceite y de vino, los problemas que tienen en Nueva York para colocarse en el mercado, y no precisamente por cuestiones de competitividad o de calidad, sino por actuaciones comerciales mafiosas que controlan el mercado de Nueva York.

4. FINANCIACIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS Y DE LA HACIENDA MUNICIPAL.

El urbanismo corrupto es, a su vez, y también hay que decirlo, una fuente de financiación de los partidos políticos, que se ha utilizado de manera absolutamente perversa para el sistema. Si alguien pretende, a estas alturas, que el Derecho Penal no tiene nada que decir en esta materia, su posición puede ser respetable, pero creo que no está en la sintonía de onda en la que debemos movernos en el momento actual.

No estamos ante derechos puramente simbólicos. Incluso los grandes principios de la actuación económica del Estado se consideraron durante tiempo declaraciones románticas y programáticas. Ahora, por ejemplo, el derecho a una vivienda digna y en condiciones de calidad, ha pasado de la pura retórica. En este momento, en Francia, existen reclamaciones ante los tribunales pidiendo la concreción judicial del derecho subjetivo de acceso a una vivienda digna, que puso en marcha Sarkozy en las últimas elecciones. Aquí no sabemos lo que pasaría, pero podría perfectamente acudir a los Tribunales y dependería un poco de la capacidad de asimilación e integración interpretativa del juez, la admisión de una demanda reclamando el derecho a la vivienda digna. En todo caso, si la pretensión se rechaza, se pondría de relieve por qué no se le puede satisfacer ese derecho, lo que contribuiría a clarificar el sistema político-criminal.

5. DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PENAL.

Para poner orden en todo este maremágnum que nos lleva hacia simas peligrosas, algunos siguen aferrados al Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo en su faceta del Derecho Urbanístico, ha sido la élite de esta rama del Derecho. Ha producido ríos y ríos de doctrina científica, magnífica en muchísimos aspectos, pero ha fracasado, de manera rotunda, cuando el conflicto

ha llegado a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Muchos fallos del sistema provienen de la propia regulación normativa administrativa y también, en gran parte, por la inoperatividad que nos corresponde a los tribunales. Debemos admitir y advertir que el sistema de respuesta contencioso-administrativo que estamos en condiciones de proporcionar cuando el conflicto discurre por esos cauces, es lento e ineficaz.

Durante muchos años esto ha sido así. El Código de 1995, trasladó los temas de urbanismo y ordenación del territorio al marco del Derecho Penal. Esta decisión lleva a un cambio del paradigma de valores. El urbanismo era la norma que regulaba el *“Construye como puedas, siempre que tengas licencia”*. En estos momentos el urbanismo como ciencia jurídica reguladora de las licencias, de las calificaciones de terrenos de las compensaciones, de los volúmenes y de las alturas, ha sido superado. Ha nacido un valor superior, que protege, ahora también, el Derecho Administrativo. La Ley de Suelo y Ordenación del Territorio y el Código Penal, tienen como fin proteger el valor superior de la ordenación del territorio. La ordenación del territorio es algo más que el urbanismo, el urbanismo digámoslo claramente, es el negocio inmobiliario; la ordenación del territorio es la construcción inmobiliaria puesta al servicio de los intereses generales. Un Plan General de Ordenación Urbanística debe tener en cuenta no solamente la construcción, sino el medio ambiente, la ordenación del territorio, su valor para la convivencia armónica y para el desarrollo sostenible e incluso para la seguridad pública. El urbanismo debe proporcionar un marco adecuado para la convivencia.

Yo creo que el Derecho Urbanístico fracasó, en el ámbito del Derecho Administrativo, por una razón que era conocida, desde prácticamente mediados del siglo XIX, cuando se hace la distribución administrativa de España. Nos constituimos en un país en el que municipio arriba, municipio abajo, tenemos unos ocho mil ayuntamientos. Cuando llega el texto constitucional consagra, a mí modo de ver correctamente, el principio de la autonomía municipal. Este principio de la autonomía municipal que tiene rango constitucional, se inserta, a su vez, dentro del organigrama de las Comunidades Autónomas. Y dentro de las comunidades autónomas no se sabe muy bien cómo. A pesar de existir mecanismos de corrección, estos, siendo tan cercanos, no digamos nada en las autonomías uniprovinciales en las que la cercanía es prácticamente inmediata, en las grandes comunidades, de siete, ocho provincias, en las que puede haber una mayor lejanía, el sistema de control, sea cual sea su signo político, no ha funcionado. Ha primado, desde el punto de vista de la política -esta es una decisión política incuestionablemente- el principio de autonomía municipal frente al principio de ordenación del territorio que le correspondería a los organismos competentes de las autonomías y al que el Estado no debe renunciar. Si el Estado abandona a su suerte el urbanismo, las posibilidades de que se genere un verdadero caos normativo, son grandes. La tarea del Tribunal Constitucional en esta materia tendría que ser la de la coordinación, unificación, resolución de conflictos, pero realmente creo que no ha afinado suficientemente, algunas veces no por culpa del Tribunal Constitucional, sino por la sucesiva y galopante sucesión de leyes urbanísticas. Diecisiete autonomías generando normas, algunas de ellas que no llegaron a entrar en vigor, o cuando ya se estaba en condiciones de dar la respuesta habían perdido su vigencia.

6. EL AGENTE URBANIZADOR

Uno de los factores -me voy a detener exclusivamente en él, aunque habría muchos más, pero no puedo abarcarlo todo ello en mi exposición-, tiene su origen en la regulación de forma absolutamente complaciente y sin mayor contenido crítico, de un sujeto activo al que se considera como un elemento dinamizador importante para que los Ayuntamientos puedan exprimir y sacar el mayor rendimiento posible de la política urbanística, que no de ordenación del territorio. Esta figura jurídica es la que se llamó “*agente urbanizador*”. Cuando su desprestigio llegó a niveles escandalosos se le llamó “*agente colaborador*”; es lo mismo, en definitiva el mal está en la institución, o en la forma de comprender la institución, el nombre es algo verdaderamente secundario. Sea colaborador, sea urbanizador, sea lo que sea, en definitiva lo que se debió valorar en su momento fue la atribución de facultades exclusivas del Estado, como son las de la expropiación forzosa, a un particular ávido de conseguir beneficios.

Se debió pensar antes de dar ese paso. Si se pone en marcha una institución a la que se concede facultades semejantes, la transferencia a un agente privado individual de facultades expropiatorias, abre la puerta a todo género de corrupciones. Si se junta todo esto con la autonomía administrativa y la escasa capacidad de recaudación que tiene la Hacienda municipal, nadie se sustrae a la tentación de incrementarla con la aportación del agente urbanizador. Si además utiliza como elemento coactivo la herramienta de la expropiación, nadie debe extrañarse de que pase lo que ha pasado, lo milagroso hubiera sido que hubiera sucedido de otra manera distinta. Estamos ante un fenómeno que, ha sido potenciado, consciente o inconscientemente por parte de los legisladores y de los poderes públicos, y al cual no hemos sido capaces de dar respuesta, y que además, y lo que es más grave, ha calado profundamente en sectores de la sociedad española.

7. EXPECTATIVAS DE ENRIQUECIMIENTO.

Los ciudadanos se han dado cuenta de que su Ayuntamiento, en el que viven, en el que desarrollan sus actividades, les proporciona una mayor cantidad y calidad de servicios en función del éxito de los proyectos urbanísticos y que, con la mera recaudación tributaria de otros impuestos, la capacidad de gasto y de inversión social sería menor. Además, ese ciudadano, que vive en el municipio y espera lógicamente servicios, si es propietario de un erial con una cantidad discreta de amapolas y de hierbas, alberga la fundada esperanza de que el agente urbanizador lo incorpore a un plan de acción individual sacándolo del plan general de urbanismo, convirtiendo el secarral en un verdadero maná. Eso es lo que ha ocasionado que unos cuantos alcaldes audaces se hayan lanzado por ese camino de la especulación y enriquecimiento propio. Algunos, muy poquitos, han ido a la cárcel y otros incluso dirigen el Ayuntamiento desde la cárcel. Los implicados que se han salvado de la prisión se presentan a la reelección y son sacados a hombros por sus conciudadanos que llegan a proporcionarles mayorías

espectaculares. En fin, la cosa no es para tomarla a broma. No creo que, en este momento, los ciudadanos de Marbella estén dedicando calurosos recuerdos al que rigió sus destinos con sus votos, sobre todo cuando tienen que demoler, después de que se ha anulado el Plan General, unas treinta y tres mil viviendas. No todas van a caer pero al que toque no estará entusiasmado con la idea.

8. LLAMADA AL DERECHO PENAL.

Ante todo este panorama, no ha quedado más remedio que hacer un llamamiento urgente al Derecho Penal, les guste o no les guste a los partidarios de la teoría clásica de los bienes individuales o a los que sostienen que el Derecho Penal es la “*última ratio*”. Estoy de acuerdo en que si se pueden solucionar los problemas preventivamente con el Derecho Administrativo, no habría necesidad de elevar el conflicto al área del Derecho Penal. De momento, el Derecho Administrativo no solamente no lo soluciona sino que, como en el caso Marbella, tarda doce años en anular el Plan General. Cuando llega la resolución ha pasado lo que ha pasado.

En mi vida profesional, ni como Fiscal, ni ahora como Magistrado, he recibido ni una sola deducción de testimonio de un órgano contencioso-administrativo por falsedades, cohechos o corrupciones. Si alguna vez se activa el proceso penal ha sido por iniciativa o impulso de ciudadanos particulares. Es cierto que algunas veces se utiliza la llamada acción popular en el marco del proceso penal, o la acción pública en el marco del Derecho Administrativo, de manera abusiva e incluso de manera coactiva y chantajista. Esto es todo lo que estamos sembrando y recogiendo al mismo tiempo, aparte de los males medioambientales, que no hay quien los remedie. Cuando creíamos que el famoso Hotel del Cabo de Gata iba a ser derruido, se está pactando una reelaboración del proyecto de tal manera que yo no sé si lo van a pintar de color acantilado o hacer algo para que se disimule. Está en marcha un proyecto de expropiación compensatoria, que ya veremos hasta donde llega.

9. IMPACTO ECONÓMICO NEGATIVO.

El problema tiene además efectos y daños colaterales, que no son baladíes, y que nos pueden ocasionar un daño irreparable, sobre todo en estos momentos de recesión económica, no derivada exclusivamente del ladrillo. Nuestra primera industria lamentablemente, y recalco lo de lamentablemente, porque me gustaría que fuese la tecnología avanzada, la espacial, la aeronáutica, etcétera, es el turismo. Dentro de la balanza comercial, y del producto interior bruto genera cifras, casi cercanas al 50%.

¿Y qué ha sucedido con todo este maremágnum de ladrillo?, pues que el Parlamento Europeo, ha tenido que intervenir y nos ha dado un fuerte tirón de orejas. Ha sido a iniciativa de ciudadanos extranjeros que habían venido a España para establecer su segunda residencia. De pronto se han visto asaltados por el “*agente depredador urbanístico*”, y han puesto en marcha las denuncias que han

motivado la intervención de las instituciones europeas. Se han puesto de relieve varias cosas, prácticamente todo lo que he contado sobre política municipal, el fracaso del Derecho Administrativo y, además, la nula eficacia del sistema judicial para corregir todas esas tropelías.

La Comisión europea, el Tribunal de Luxemburgo, y por supuesto el Parlamento Europeo, nos ha llamado la atención sobre nuestras leyes urbanísticas y sobre algunos defectos de nuestra respuesta penal. Ha enviado misiones a la Comunidad Valenciana, pero no nos olvidemos tampoco que otras zonas, como la cornisa cantábrica, están empezando a sufrir una brutal presión urbanística. Quizás confíen en que el cambio climático la convierta en la futura Marbella del norte. Es una apuesta de futuro un poco arriesgada, pero incuestionablemente yo que soy gallego, he comprobado que llueve ahora mucho menos y que la zona resulta muy atractiva.

Estuvimos abriendo los telediarios en Alemania, Gran Bretaña y los países nórdicos. La reacción de los responsables políticos de la zona ha sido tradicional. Una vez más la conspiración judeomasónica y todas las telarañas del pasado. Se ha oído a los prohombres de la Comunidad Valenciana, aupados sobre el ladrillo, diciendo que todo esto es una campaña de determinados intereses turísticos ingleses que han invertido en Croacia y que quieren fomentar su turismo. Yo les diría que, los ingleses no son tontos. Yo no invernaría en Croacia de ninguna de las maneras; veranear sí, pero desde luego invernar en Croacia es una auténtica locura, están mejor en Londres con su clima y su cada vez más escasa niebla.

10. REFORZAMIENTO Y ACTUALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL.

Todo es manifiestamente mejorable, pero creo que donde tenemos que actuar con urgencia no es tanto en el Derecho Penal sustantivo sino en el Derecho Procesal. El Derecho Procesal al final, es la piedra de toque del funcionamiento de todo ordenamiento jurídico. Las leyes sustantivas se pueden modificar, aunque no es bueno cambiarlas todos los días. Ahora bien, el Derecho Procesal, no se puede alterar continuamente, entre otras cosas porque carece de retroactividad positiva, son normas que afectan a los actos que se desarrollan durante la vigencia de la misma, que más adelante podrían ser radicalmente distintos, con lo cual el caos y la inseguridad estarían servidos.

En el Derecho Procesal es decisiva la capacidad de iniciativa o de puesta en marcha del sistema procesal administrativo y penal. En el proceso contencioso-administrativo se dispone de la acción pública. La acción pública en el Derecho Administrativo, ha recorrido un sendero tortuoso. Reconociéndose desde el punto de vista legal, a la hora de la ejecución de las resoluciones, la exclusión de los actores públicos de la posibilidad de estar presente en la misma. Existe una jurisprudencia que sostenía que su intervención era en defensa de unos intereses generales, pero si había alguien con un interés particular, el único que podía solicitar la ejecución era el interesado. En mi opinión se sostenía una concepción excesivamente privatística del proceso contencioso-administrativo, con una remisión al proceso civil en aquello que no esté expresamente en la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa regulado. Los principios hay que

respetarlos, y por tanto, la ejecución también corresponde ponerla en marcha al titular de la acción pública tenga o no un interés directamente afectado por la resolución de lo contencioso administrativo.

11. PROBLEMAS EN LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS.

¿Qué se ha producido en la práctica?. Que la jurisprudencia ha tenido que evolucionar y a partir del año 2000. La jurisprudencia contencioso-administrativa, se ha dado cuenta de lo que estaba pasando con la ejecución, mejor dicho con la no ejecución de sus sentencias.

Por otro lado se da la paradoja de que en el Derecho Administrativo, la declaración de ilegalidad lleva aparejada obligatoriamente la demolición, mientras que el Derecho Penal la condiciona a la ponderación de los intereses de los terceros, de buena fe. El Contencioso Administrativo, y paso rápidamente a lo penal, ya ha reaccionado, como he dicho y admite que la ejecución la puede pedir la acción popular, aunque el interesado directamente llegue a un acuerdo con el demandado.

El Derecho avanza a golpe de realidades y no de concepciones abstractas. El detonante de esta evolución ha sido un caso muy conocido en Madrid. El de la Iglesia que se metía prácticamente en el cuarto de baño de algunos señores de la comunidad de vecinos de al lado. La comunidad de vecinos interponen la demanda contra el Arzobispado, la ganan, consiguen la orden de demolición, y el Arzobispado llega a un acuerdo, por supuesto económico, con los que han ganado, y estos se comprometen a reconocer que la sentencia es inejecutable y que la dan por ejecutada, con la compensación económica que han recibido. Pero tres vecinos denuncian que es imposible que la sentencia no tenga efectos en el mundo jurídico tratándose de una ilegalidad tan flagrante. Discrepan, y la primera respuesta que reciben es desalentadora: “Ustedes no estuvieron en el pleito y, por tanto, no tienen capacidad para pedir la ejecución”. Contestan: “No, es que ejercitamos la acción pública, porque es una construcción absolutamente ilegal y sin licencia”. Al final, el Tribunal Supremo termina dándoles la razón y, efectivamente, se cumple a pesar del pacto entre el Arzobispado y el resto de los que inicialmente habían reclamado.

Otra sentencia, de 28 de Mayo de 2008 en el recurso 579/2006, recoge el caso todavía más sangrante. Se trata de una señora que ejercita, sin interferencia de ningún particular, la acción pública contra el Ayuntamiento de Granollers y una entidad constructora. La gana, y cuando van a ejecutarla le dan cuatrocientos mil euros. Llega a un acuerdo para que la sentencia no se ejecute y que se dé por ejecutada con la compensación de cuatrocientos mil euros. Nos encontramos ante un delito contra la Administración de Justicia, un chantaje, una burla del Estado de Derecho, y nadie mueve ni una sola ceja. Afortunadamente, como se trataba de una ejecución que había sido ganada por la acción pública, tenía que intervenir el Fiscal. El Ministerio Fiscal ha pedido que se ejecute y, además, que se deduzca testimonio por posible existencia de delito penal.

12. ACCIÓN PÚBLICA Y ACCIÓN POPULAR

En el campo penal, tenemos un problema añadido. En este momento la acción popular ha obtenido la ratificación constitucional. Estoy totalmente de acuerdo, si bien pediría urgentemente una nueva regulación de la acción popular en el proceso penal. Yo la cuestionaría en todos aquellos casos en que se afectan bienes jurídicos exclusivamente individuales. No alcanzo a comprender, con todos los respetos, cual es el papel de una asociación feminista en un delito de violación, salvo que insinúen que el juez y el fiscal van a prevaricar.

Creo que es una complicación procesal añadida cuando está personado el fiscal. No descartaría que asesorasen a la persona perjudicada prestándole asistencia jurídica gratuita, si son una ONG y reciben dinero del Estado, pero no veo la necesidad de la acción popular. La acción popular recobra toda su verdadera esencia cuando se trata de bienes jurídicos colectivos, o de bienes jurídicos pluri-subjetivos. En ese caso, adquiere su papel genuino y auténtico otorgándose a todo ciudadano aunque no sea perjudicado por el delito.

Se mantiene que los actores populares no tienen derecho a una indemnización civil en beneficio propio porque actúan en apoyo de los intereses colectivos. Creo no obstante que podría fijarse una indemnización en beneficio de la colectividad e ingresarse, por ejemplo, en un fondo destinado a organizaciones ecologistas o medioambientales. Por otro lado, la acción popular tiene que responder a un interés legítimo y suponer el ejercicio leal y ético de la misma. Cualquier desviación espúrea del ejercicio de la acción popular tendría que ser sancionada penalmente.

Lo que he reseñado sobre la acción pública en el campo del Derecho Administrativo, se repite a diario y con más profusión en el campo del Derecho Penal, con el chantaje añadido de que la contraprestación económica del acusado lleva aparejada a lo mejor la retirada de la acusación y el no ir a la cárcel. En el terreno del Derecho Administrativo, estamos jugando con euros; en el Derecho Penal estamos jugando con euros y a su vez con la libertad de una persona.

13. DEMOLICIÓN.

Finalmente llegaríamos a la consecuencia jurídica de la reclamación de ilegalidad penal -la administrativa la dejaríamos aparte- de un comportamiento que merecería la sanción penal dentro de los artículos que sancionan los delitos contra la ordenación del territorio. Como les he dicho antes, el Código Penal contempla la posibilidad de la demolición. Bueno, creo que como consecuencia de un hecho delictivo, de una manera general e indiscutida y sin ninguna oposición por parte de la dogmática, una de las consecuencias aparejadas a la responsabilidad penal es la responsabilidad civil que conlleva la restitución, la reparación y la indemnización. Si se afectado a la ordenación urbanística a través de una construcción ilegal que supone una grave perturbación de la misma, una de las medidas, sería restaurar el orden jurídico quebrantado demoliendo esa

construcción, recuperando, por ejemplo un suelo no urbanizable y no digamos nada a una zona verde o un vial, a su primitivo estado.

La demolición es una medida perfectamente ajustable a la naturaleza de la infracción y, por tanto, es proporcionada y responde a la entidad del mal causado. El principio de punibilidad está perfectamente justificado, siempre que no perjudique a terceros de buena fe. Este concepto lo tenemos que adaptar a la realidad. No se puede sostener, en la sociedad tecnológica en que vivimos, con los instrumentos de conocimiento, de transparencia y de control, que debe de poner en marcha una Administración moderna, que todo tercero lo sea de buena fe.

14. ¿TERCEROS DE BUENA FE?

Para no hacer alusiones personales y después me achaquen que estoy perturbado los negocios inmobiliarios, cuando una urbanización está en el foco de atención de los medios de comunicación, cualquiera percibe que corre serio riesgo de ser anulada. A partir de esa situación el que compre un piso, y no se haya molestado en pasar por el Registro de la Propiedad para ver cómo están los datos sobre el suelo, si tiene suerte y le conservan la edificación, no tengo nada que alegar. Pero desde luego, lo que no estoy dispuesto a admitir es que sea tercero de buena fe. Podrá alegar lo que quiera, pedir indemnización al vendedor; pero tercero de buena fe no es. Se ha metido en un negocio que era un campo minado, y como el campo minado le ha estallado, no puede alegar ignorancia y buena fe. El juez penal, no tendría por qué considerarle tercero de buena fe y, por tanto, puede si lo estima pertinente, acordar la demolición.

Si a esto añadimos la posibilidad, que ya está incluida en todas las legislaciones autonómicas y en la Ley del Suelo, de la transparencia de los planes urbanísticos a través de los sistemas informáticos modernos, las posibilidades de su existencia se reducen.

15. EL COMISO DEL OBJETO DEL DELITO DE LAS GANANCIAS ILÍCITAS.

Y por último, queda algo en lo que casi nadie, por lo menos desde el punto de vista penal, ha pensado. En su momento fue una pena accesoria, ahora es una medida complementaria, del delito. Se trata del comiso. Los bienes procedentes de hechos delictivos y, sobre todo -y esto es en lo que voy a hacer más hincapié-, las ganancias obtenidas con tráfico de bienes que constituyen el objeto del delito, no solamente pueden, sino que deben ser decomisadas. Está establecido por el Código Penal para todo género de delito sin excepción; no hace ninguna excepción para el urbanismo ni para la ordenación del territorio. El delito puede llevar aparejada la doble medida del comiso y de la destrucción, por ser un bien procedente de una actividad delictiva.

Ya sé que me van a decir que no es un bien de ilícito comercio y que por tanto la destrucción, podría ser excesiva y desproporcionada. Es posible, pero yo creo que el comiso sería tremendamente eficaz, sobre todo de las ganancias.

Tendríamos que emplear, no queda otro remedio, la alta tecnología informática poniéndola al servicio de los verdaderos intereses que a mi modo de ver, en este momento son prioritarios la sociedad; me refiero a la sociedad española, a la sociedad norteamericana, a la sociedad inglesa y otras, inmersas en una crisis económica generada en gran parte por el urbanismo descontrolado.

Con todo este panorama, pienso que si los jueces no somos capaces de dar una respuesta en tiempo razonable debemos activar las medidas cautelares que eviten que las construcciones vayan adelante. Con medidas cautelares que, a su vez, lleven aparejada una información pública de la medida cautelar para que el resto de la sociedad pueda, incluso, fiscalizar si efectivamente esas medidas se cumplen o no se cumplen, se puede hacer frente a este desastre, que nos ha llevado de momento a una crisis económica que estaba absolutamente cantada. No hacía falta ser un experto economista para saber que todo el boom inmobiliario estaba destinado al fracaso, que era una inversión especulativa. Y no tomen la palabra “*especulativa*” en un sentido peyorativo, sino simplemente en un sentido inversionista en el que mucha gente pensó que, efectivamente, esto era una buena inversión porque potencialmente había una capacidad de atracción sobreañadida a lo que sería la petición razonable de una sociedad como la nuestra, demandando vivienda.

Los ciudadanos de la Unión Europea demandan una segunda vivienda residencial. Y repito que el mal está generalizado, no son los valencianos exclusivamente los que han cometido estas tropelías, sino los que han motivado que, las instancias internacionales se hayan fijado en el problema.

Si retocando el Derecho Penal en lo que haya que retocarlo, reorganizando la acción popular y agilizando el proceso en sus dos facetas, administrativa y penal, podemos conseguir estos objetivos, creo que merece la pena el esfuerzo. Esto no se va a conseguir, por supuesto, de la noche a la mañana, es bastante más complicado de lo que parece. No se puede hacer un puro ejercicio de voluntarismo, pero pienso que se darán cuenta, nos daremos cuenta todos, que nos estamos jugando muchísimo con nuestra inactividad y con este apego a las tradiciones del pasado, a la dogmática penal del pasado, que se ha visto desbordada por unos intereses galopantes y prioritarios.

A MODO DE RESUMEN:

Francisco Puche Vergara

Red Andaluza de la Nueva Cultura del Agua

La voluntad general del V Congreso (CIOT) de dar el paso de *los instrumentos programados a la planificación aplicada*, en el contexto de esta mesa redonda sobre *participación social y defensa del territorio*, ha suscitado los siguientes temas de discusión.

1º. La importancia de aplicar los instrumentos legales actualmente disponibles, amén de la modificación de otros.

En base a la Constitución y a determinados desarrollos legales, como la Ley de Costas y la de Agua, muchas opiniones coinciden en afirmar que no se habría llegado tan lejos en destrucción del territorio, especialmente el litoral, o en deterioro de los sistemas hídricos, o en el precio de la vivienda si meramente hubiesen sido aplicados.

2º. La puesta en funcionamiento de partes de la Constitución avanzadas y cuyo desarrollo ha quedado en el limbo: por ejemplo el artículo 47, del derecho a la vivienda y contra la especulación; el artículo 23 del derecho a la participación política directa de los ciudadanos junto con el artículo 9.2 en el mismo sentido; y el artículo 33.2 sobre la función social de la propiedad, entre otras.

3º Se considera que la totalidad de los problemas de contenido territorial y ambiental tiene como causa la aplicación de la economía neoliberal a la gestión del territorio y las insuficiencias de adecuadas políticas públicas.

4º No se trata sólo de problemas que interesen al ámbito académico o técnico ya que los retos que plantean remiten a la **acción social, desde la práctica democrática**. Unido a esto se constata el creciente descreimiento respecto a las formas institucionales de expresión y representación ciudadanas. Por ello desde los movimientos sociales se pide la regeneración institucional, que pasa por medidas de ejemplaridad pública, tales como las de la inhabilitación, las paralizaciones cautelares de obras, la aplicación del principio de precaución y políticas de desistimiento de las prácticas de hechos consumados.

5º Las medidas restauradoras de la legalidad que en muchos casos implican el derribo de obras y construcciones, el cierre de pozos ilegales y el rescate de concesiones. Esta delicada cuestión se plantea en la actualidad con las decenas de miles de viviendas ilegales, los cientos de miles pozos ilegales o

alegales, con las recuperaciones del dominio y la propiedad pública en costas, territorios fluviales, etc. La necesidad de ejemplaridad y respeto al estado de derecho, recomiendan la aplicación de la ley y del código penal en su caso, más allá de las meras actuaciones derivadas del derecho administrativo.

6º La problemática de las sentencias judiciales que no se cumplen o la de las sentencias que admitiendo las ilegalidades no suspenden las obras u ordenan su derribo apoyándose en el principio del mal menor. Estas situaciones difíciles suelen ser bien aprovechadas por los defraudadores para correr más y obtener más apoyo social en la materialización de su ilegalidad.

7º La suspensión del principio de subsidiaridad en el caso de las actuaciones ilegales de los entes menores. Es el caso de la suspensión de funciones a los ayuntamientos por incumplimientos reiterados y memorables, que tanta prevención suscitan y que reclaman los movimientos sociales para evitar las dinámicas mencionadas en el trabajo del Instituto de Criminología de la Universidad de Málaga.

Asimismo, se subraya que la escala municipal no es válida para planificar el territorio: es necesario hacerlo desde la escala intermedia.

8º La modificación de las metáforas y del lenguaje para cambiar las percepciones de la realidad. La perversa división entre suelo urbanizable y no urbanizable, ignorando el resto de las vocaciones fundamentales del territorio, es un ejemplo claro de la necesidad de modificar las metáforas que, tal como dicen algunos autores, “nos piensan” (Lizcano, 2006).

9º La regeneración democrática, que en este contexto tiene dos ejes principales, uno relativo a la democracia de partidos o representativa y el otro a la democracia deliberativa y participativa de forma directa por la ciudadanía. En ambos asuntos es necesario un profundo cambio y un debate sobre financiación de partidos, limitación de tiempo en los cargos, incompatibilidades, etc. y respecto al segundo eje hay que repensar e institucionalizar mecanismos de transparencia, parsimonia, apoyo judicial, iniciativas legislativas eficaces, órganos de consulta y participación no ceremoniales, etc.

10º Las respuestas ciudadanas de los últimos diez años se podrían resumir en la aparición de los movimientos sociales, al margen de los partidos y sindicatos, que preconizan una *nueva cultura*.

Con este nombre ha surgido con fuerza el movimiento social de la ***Nueva Cultura del Agua*** que opera organizadamente en el ámbito ibérico. Es un movimiento con bastante implantación tanto en la sociedad como en la Academia, que tiene un enfoque alternativo de la visión y gestión de los ecosistemas hídricos, de las relaciones del agua y el territorio y de la democracia del agua. Se apoya en la Directiva Marco del Agua (2000/600/CE), que es una ley europea profundamente medioambiental.

También desde la Academia principalmente ha surgido un movimiento de opinión, en 2006, basado en un manifiesto titulado ***Por una Nueva Cultura del Territorio***

11º Algunos problemas se resolverían con moratorias.

12º Se constata el problema de la financiación de los ayuntamientos dependientes de las obras y del patrimonio inmobiliario (El IBI supone el 50% de la financiación actual municipios turísticos) Y asimismo, del lado del gasto, se constata que los ayuntamientos lo hacen mal pues, en la actualidad, el 50% de su gasto son para actividades que no son de su competencia.

13º Se critica la actuación de algunos Colegios profesionales, vinculados al fenómeno urbanístico, que también han hecho oídos sordos a los desmanes territoriales que presenciaban.

14º Se señala la vinculación del modelo territorial al sistema de ciudades y a los patrones de movilidad, y las consecuencias sobre consumo de suelo y acceso a la vivienda, lo que hace necesario el control de la expansión urbana, primando la renovación y rehabilitación de los espacios urbanos consolidados sobre los de nueva creación.

15º Se defiende la vinculación de los nuevos proyectos expansivos a la existencia de recursos, especialmente el agua.