

# **TESIS DOCTORAL**

## **DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO**

### **FACULTAD DE DERECHO**



**Director de Tesis: Prof. Dr. Juan Antonio Martos Núñez**

**Doctorando: José Antonio Martínez Rodríguez**

*A mi nieta Nayra Martínez Ortega*

*No te puedo olvidar, jamás podré olvidarte. Y aunque disfruté brevemente de tus abrazos, aún el tiempo me devuelve tu añorada presencia. Por eso, los pocos años que me regalaste, te los devuelvo con los miles de instantes que pienso en ti. Y hoy, con estas letras, como tributo a tu memoria, te doy la vida.  
Te quiero Papá, siempre te querré.*

*Quiero mostrar mi enorme agradecimiento al Profesor Doctor don Juan Antonio Martos Núñez, por haber aceptado ser mi director de tesis doctoral, pues sin su dedicación, constancia, ideas y consejos no hubiese sido posible la elaboración de este proyecto de investigación académica.*

## INDICE

### CAPITULO I

#### INTRODUCCIÓN, EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DERECHO COMPARADO

I. INTRODUCCION .....	13
II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO .....	22
1. Evolución de los Proyectos de Código Penal previos al Código Penal de 1995 .....	22
2. Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980.....	25
3. Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983.....	30
4. El Anteproyecto y el Proyecto del Código Penal de 1992 .....	37
5. Proyecto del Código Penal de 1994 .....	43
6. La Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal .....	48
7. La nueva regulación de los delitos contra la ordenación del territorio tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio .....	51
III. LOS DELITOS URBANISTICOS EN EL DERECHO COMPARADO .....	62
1. Introducción .....	62
2. El Derecho Penal francés .....	64
3. El modelo de Alemania.....	71
4. El modelo italiano .....	75
IV. EVOLUCIÓN HISTORICA DE LA PROTECCION DEL SUELO.....	80
1. Introducción .....	80
2. La evolución legislativa del suelo en España.....	82
V. PROTECCIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN LA UNIÓN EUROPEA	86

### CAPITULO II

#### NATURALEZA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

I. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	94
-------------------------------------	----

1. Introducción .....	94
2. Contenido del bien jurídico protegido.....	95
3. El bien jurídico suelo desde una perspectiva natural, cultural y urbanística.....	100
4. Función social del bien jurídico protegido.....	108
5. Delito de peligro o de lesión al bien jurídico protegido .....	115
6. Los bienes jurídicamente protegidos en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.....	120
7. EL bien jurídico protegido en la prevaricación urbanística.....	130
8. La delimitación formal o material del bien jurídico.....	135
9. Excurso: La acción pública para la protección de la ordenación del territorio y el urbanismo .....	139
II. LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO COMO VALOR SOCIAL Y AMBIENTAL ....	147
1. La ordenación del territorio como valor social constitucional .....	147
2. La ordenación del territorio como valor ambiental .....	149
III. EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA O <i>ÚLTIMA RATIO</i> EN LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO .....	152

### **CAPITULO III**

#### **EL TIPO BASICO DEL ARTÍCULO 319.2 DEL CODIGO PENAL**

I INTRODUCCIÓN .....	162
II. DELITOS COMETIDOS SOBRE EL SUELO NO URBANIZABLE.....	163
1. Concepto de suelo no urbanizable.....	163
2. Utilización del suelo rural .....	167
3. El derecho a edificar en suelo rural.....	172
4. Edificaciones de utilidad pública e interés social en suelo rural.....	174
5. La prohibición de las parcelaciones urbanísticas en suelo rural.....	177
6. Parcelaciones ilegales consolidadas .....	184
III. CONDUCTA TIPICA DEL ART. 319.2 DEL CP. ....	186
1. Cuestiones previas.....	186

2. La conducta típica de construcción .....	192
3. La conducta típica de edificación.....	196
4. Conducta típica de urbanización .....	200
IV. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL BASICO .....	203
1. Introducción .....	203
2. Concepto de no autorizable .....	206
3. La licencia municipal o autorización de obra.....	209
4. La caducidad de la licencia urbanística.....	218
5. Licencia urbanística y el silencio positivo .....	221
6. Defecto de licencia.....	225
7. La construcción defectuosa amparada en licencia legal.....	226
V. LA RETROACTIVIDAD DEL PLANEAMIENTO URBANISTICO EN EL CODIGO PENAL.....	228
VI. LAS LEYES PENALES EN BLANCO EN LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACION DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO.....	233
VII. SUJETOS DE LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO.....	247
1. Sujetos activos.....	247
a) Promotor.....	264
b) Constructor.....	267
c) Director de obra. ....	270
VIII. SUJETO PASIVO DEL DELITO SOBRE LA ORDENACION DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO.....	272
IX. EL TIPO SUBJETIVO .....	275
1. El dolo en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo .....	275
2. Las causas de justificación y el estado de necesidad.....	280
3. Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.....	287
4. Cumplimiento de un deber .....	291
5. Consentimiento .....	293

6. El error de tipo en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.....	295
7. El error de prohibición en el ámbito de los delitos del art. 319.2 del CP.....	304
X. LA CONSUMACIÓN.....	311
1. Concepto de consumación.....	311
2. La consumación en los delitos del art. 319 del CP.....	313
3. Doctrina jurisprudencial sobre la consumación en los delitos del art. 319 del CP.....	319
XI. LA TENTATIVA.....	322
1. Concepto .....	322
2. La tentativa en el Código Penal de 1995.....	324
3. La Tentativa en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo .....	329
XII. LA AUTORÍA.....	338
XIII. LA PARTICIPACION .....	349
1. La inducción a delinquir.....	352
2. La cooperación necesaria .....	356
3. La complicidad en el hecho delictivo.....	361
XIV. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL .....	367

#### **CAPITULO IV**

##### **EL TIPO AGRAVADO DEL ARTÍCULO 319.1 DEL CÓDIGO PENAL**

I. INTRODUCCIÓN.....	372
II. LUGARES QUE TENGAN LEGAL O ADMINISTRATIVAMENTE RECONOCIDO SU VALOR PAISAJISTICO, ECOLÓGICO, ARTÍSTICO, HISTÓRICO O CULTURAL, O QUE POR LOS MISMOS MOTIVOS HAYAN SIDO CONSIDERADOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN.....	375
1. Lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural.....	379
2. Suelo Rural de especial protección .....	388
III. SUELOS DESTINADOS A VIALES Y ZONAS VERDES COMO OBJETO MATERIAL .....	394



1. Modo de integración de los viales y zonas verdes en el demanio público .....	402
2. Vial como suelo protegido .....	404
3. Zona verde.....	409
4. Zona verde como suelo protegido .....	414
IV. BIENES DE DOMINIO PÚBLICO .....	418

## CAPITULO V

### LA DEMOLICIÓN DE LA OBRA Y LA REPOSICIÓN A SU ESTADO ORIGINARIO DE LA REALIDAD FÍSICA ALTERADA

I. INTRODUCCIÓN .....	428
II. LA DEMOLICIÓN DE LA OBRA COMO FACULTAD DE LOS JUECES .....	436
III. COMPETENCIA PENAL SOBRE RESTAURACIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA .....	448
IV. LA DEMOLICIÓN NO ES UNA SANCIÓN .....	452
V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA MEDIDA DE DEMOLICIÓN.....	454
VI. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA DEMOLICIÓN Y LA REPOSICIÓN ..	456
VII. LA REPOSICIÓN A SU ESTADO ORIGINARIO DE LA REALIDAD FÍSICA ALTERADA .....	475
VIII. TERCERO DE BUENA FE ANTE LA DEMOLICIÓN Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL .....	480
IX. EL COMISO COMO CONSECUENCIA DEL DELITO .....	487
1. El comiso en el art. 319.3 del Código Penal .....	492
2. El comiso ante la imposibilidad de demoler .....	494
3. El comiso y la ganancia.....	496
4. Destino de los bienes confiscados.....	499
X. EXCURSO: LA DEMOLICIÓN DEL HOTEL EL ALGARROBICO .....	500

## CAPITULO VI

### LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO

I. CUESTIONES PREVIAS .....	508
-----------------------------	-----

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.....	514
III. REGULACIÓN ACTUAL.....	517
1. Requisitos para la imputación a las personas físicas.....	519
2. Requisitos para la imputación a las personas jurídicas .....	522
3. Delitos cometidos por empleados o subordinados de las personas jurídicas .....	524
4. Atenuación de la responsabilidad penal.....	528
5. La responsabilidad civil derivada del delito.....	530
6. La extinción de la responsabilidad penal .....	531
7. Las consecuencias jurídicas del delito.....	534
a) Las penas.....	534
b) La multa como pena.....	535
c) Las sanciones .....	536
8. Personas jurídicas excluidas del ámbito de la responsabilidad penal.....	539
IV. LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO COMETIDO POR LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	543
1. Introducción .....	543
2. El dolo de las personas jurídicas en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.....	546
3. El estado de necesidad en las personas jurídicas.....	548
4. El error de tipo invocado por las personas jurídicas .....	550
5. La pena como consecuencia del delito sobre la ordenación del territorio por personas jurídicas (art. 319.4) .....	551

## CAPITULO VII

### CONCURSO DE LEYES Y DE DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO

I. INTRODUCCIÓN.....	555
II. EL CONCURSO DE LEYES EN LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO .....	557
III. CONCURSO DE INFRACCIONES PENALES .....	572

IV. CONCURSO IDEAL.....	574
V. CONCURSO MEDIAL DE DELITO.....	580
VI. CONCURSO REAL DE DELITO.....	585
VII. DELITO CONTINUADO .....	590

## CAPITULO VIII

### RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS PUBLICOS POR LOS DELITOS DEL ART. 320 CP

I. INTRODUCCIÓN.....	595
II. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO DEL ART. 320 CP .....	602
1. Bienes jurídicos protegidos .....	614
2. La acción punible de la Autoridad o Funcionario Público.....	616
3. La conducta típica del artículo 320 CP .....	619
4. Informe favorable del artículo 320 1 CP.....	622
III. SILENCIAR INFRACCIONES U OMITIR INSPECCIONES OBLIGATORIAS DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.....	633
IV. LA ACCIÓN TÍPICA DEL ART. 320.2 CP .....	639
V. CONSECUENCIA JURÍDICA: LA PENA.....	649

## CAPITULO IX

### EL PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM” Y LA PREJUDICIALIDAD PENAL EN LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACION DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO

I. CUESTIONES PREVIAS .....	652
II. FUNDAMENTOS DEL <i>NON BIS IN IDEM</i> .....	662
III. EL PRINCIPIO <i>NON BIS IN IDEM</i> EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	666
IV. EL PRINCIPIO <i>NON BIS IN IDEM</i> Y LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIALES .....	669
V. EL PRINCIPIO <i>NON BIS IN IDEM</i> EN LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO .....	677

VI. LAS INCIDENCIAS PROCESALES Y LA PREJUDICIALIDAD PENAL ..... 687

**CAPITULO X**

**POLÍTICA CRIMINAL Y CRIMINOLOGÍA DE LA CORRUPCIÓN URBANISTICA**

I. LA CORRUPCIÓN URBANISTICA ..... 700

    1. Introducción ..... 700

    2. Urbanismo y la corrupción en las Corporaciones Locales ..... 709

    3. La financiación de las Corporaciones Locales con ingresos provenientes de la corrupción urbanística ..... 713

    4. La pasividad de las Administraciones Locales ante la corrupción urbanística ..... 720

II. POLITICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA URBANISTICA ..... 723

III. EL BLAQUEO DE CAPITALS PROCEDENTE DE NEGOCIOS ILÍCITOS ..... 732

IV. COHECHO URBANISTICO ..... 741

    1. La dádiva en relación con el procedimiento de licencia. .... 743

    2. La dádiva en relación con el procedimiento de aprobación de planes urbanísticos ..... 745

    3. La dádiva en relación con las órdenes de demolición. .... 746

V. MEDIDAS PARA EVITAR LA CORRUPCIÓN URBANISTICA EN LA FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS ..... 747

VI. LA CORRUPCIÓN URBANISTICA EN EL CASO MALAYA ..... 752

VII. EL DERECHO INTERNACIONAL ANTE LA CORRUPCIÓN ..... 754

CONCLUSIONES ..... 767

BIBLIOGRAFIA ..... 777

RELACIÓN DE SENTENCIAS CONSULTADAS..... 817

    Sentencias del Tribunal Constitucional..... 817

    Sentencias del Tribunal Supremo..... 818

    Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia ..... 825

## **CAPITULO I**

### **INTRODUCCIÓN, EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DERECHO COMPARADO**

#### **I. INTRODUCCION**

Una de las consecuencias de los negocios urbanísticos es el gran beneficio que obtienen los agentes intervinientes (constructores, promotores, etc.), derivando con el lucro obtenido un aumento del crecimiento económico, del empleo y el bienestar de la población, dado que la actividad económica de sector de la construcción, contribuye a que se origine un aumento del producto interior bruto, disminuyendo con ello la tasa de desempleo y consiguientemente que la población goce de un incremento del nivel de vida.

Es verdad, que desde hace aproximadamente tres décadas, los negocios urbanísticos, que comprende la promoción del suelo, las urbanizaciones, edificaciones, así como las compraventas de los inmuebles, se ha convertido, tanto en nuestro país como en todos los países desarrollados en una de las principales fuentes de ingresos nacionales.

La libertad de empresa ha de nutrir al urbanismo, de la misma manera que a cualquier otro sector económico, aunque las actividades urbanísticas presentan características especiales que justifican una amplia

intervención pública, puesto que el libre juego de la oferta y la demanda en un mercado competitivo, presenta grandes dificultades para desenvolverse en relación con el urbanismo, dada la presencia de un elemento limitado, como es el suelo, que determina situaciones y comportamientos de tipo monopolísticos.

El gran lucro comercial obtenido por la excesiva oferta existente da origen a la especulación por los agentes inmobiliarios, aun cuando esta práctica abusiva está prohibida por mandato del art. 47 de la Constitución de España. Como norma general estos especuladores no son los propietarios del suelo sino todo lo contrario, son intermediarios que buscan la obtención de pingües beneficios aprovechando la privilegiada oferta del suelo.

Todas estas violaciones provocadas por el liberalismo urbanístico apoyadas por los ideólogos de la liberación, que se manifiestan en contra de la incriminación penológica con el argumento de la libertad de empresa, traen como consecuencia la destrucción del derecho fundamental de las libertades individuales de las personas y el deterioro de la vida social.

Estas conductas especulativas sobre el suelo y las aberraciones urbanísticas que vulneraban las disposiciones normativas administrativas, eran objeto de regulación por el derecho administrativo sancionador, pero debido al fracaso de los recursos represivos de la Administración, fue necesario la introducción *ex novo* en el Código Penal de 1995 de un Capítulo autónomo que criminalizara ciertas conductas que atentasen a la ordenación del territorio. Prueba de esta ineficacia de la administración para prevenir estos atentados al bien jurídico protegido del suelo, la

tenemos en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 512, sesión de 6 de junio de 1995, donde se calificó de disparatado el desarrollo de nuestras ciudades, poniéndose de manifiesto la ineficacia demostrada por parte de la Administración para contener los graves abusos urbanísticos.

Esta inclusión en el Código Penal de 1995 de un espacio autónomo e independiente de los delitos sobre la ordenación del territorio, fue un reflejo claro de la evolución de las concepciones dominantes de la comunidad y un modelo preeminente de la expansión del Derecho Penal<sup>1</sup>, pues con anterioridad a la incriminación de los delitos urbanísticos en el actual CP estos ilícitos eran infracciones sancionadas por el Derecho Administrativo.

En la Exposición de Motivos se justificaba la introducción en el Código Penal de los delitos contra la ordenación del territorio, como la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja.

Existe algún sector de la doctrina urbanística que apoya la idea, de que con la aplicación del principio de intervención mínima del derecho penal, se deberían de quedar fuera del orden punitivo los ataques mínimos al bien jurídico protegido, con reserva a la jurisdicción administrativa de las vulneraciones de estos tipos de violaciones, dejando al derecho penal los tipos delictivos de mayor gravedad.

---

<sup>1</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, Editorial Atelier, Barcelona, 2007, pág. 21.

Los llamados delitos urbanísticos o delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, son unos tipos penales novedosos regulados en nuestra norma punitiva. Nuestros Códigos Penales anteriores no incriminaban esto ilícitos, aunque ya existían antecedentes en los proyectos de los años 1980 y 1990.

Con anterioridad a la incriminación en el Código Penal de 1995 de las conductas sobre infracciones a las normativas urbanísticas, estos ilícitos eran sancionados por el Derecho Administrativo. La opción de regular las conductas más graves por el Derecho Penal nace por la idea de frenar las intolerables infracciones a la normativa urbanística existente, y por la creencia del legislador de que el reforzamiento de los mandatos jurídicos con la amenazante sanción penal configuraría una vía idónea para mitigar o reducir la proliferación de infracciones al bien jurídico del suelo.

Quedan fuera del ámbito penal aquellas conductas contrarias a las normas urbanísticas que revistan poca gravedad y que no afecten a ninguno de aquellos espacios de especial valor que protege el art. 319.1 del Código Penal, en aplicación del principio de intervención mínima del derecho punitivo.

Existe un sector de la doctrina urbanística que considera que no era necesaria la penalización de las conductas infractoras del urbanismo, pues la ley administrativa es muy extensa, y además el Código Penal siempre se ha ocupado de regular los delitos de estafa, apropiación indebida, malversación, prevaricación y otras figuras delictivas que bien podrían ser de aplicación a los que infringieran con la gravedad necesaria



las infracciones urbanísticas, sin necesidad de que se proteja por el Derecho Penal, el bien jurídico del suelo y del territorio.

Debido a que estos tipos penales están configurados en normas penales en blanco, será necesario acudir a otras ramas del Ordenamiento jurídico con el objeto de poder comprender la aplicación de la norma penal, pues ésta deberá tener presente además de la Ley del Suelo 8/2007, de 28 de mayo, que es supletoria, también la normativa que regula el urbanismo en las Comunidades Autónomas.

Para DE LA CUESTA ARZAMENDI<sup>2</sup>, el territorio se encuentra intensamente sometido a una regulación de carácter administrativo, que establece las clases de suelo, sus usos, etc, delimitando los comportamientos lícitos de los ilícitos y hasta previendo graves sanciones para sus infractores. En un campo fuertemente normatizado como éste, grande es el riesgo de utilización del Derecho Penal como un mero instrumento de refuerzo de aquella legislación sectorial, previniendo y sancionando sus incumplimientos más graves. Sin perjuicio de la importancia de la legislación administrativa en materia urbanística y de ordenación del territorio, lo anterior supone olvidar el verdadero sentido y función del Derecho Penal. Al Derecho Penal no le corresponde reaccionar frente a cualquier ilegalidad, incluso si ésta es muy grave.

Para TIRADO ESTRADA<sup>3</sup> la indisciplina generalizada, más que por insuficiencia de remedios, se ha debido fundamentalmente a la

---

<sup>2</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “*Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995*”, Actualidad Penal, 1998, Ref. XVI, pág. 309, Tomo 1, Editorial LA LEY.

<sup>3</sup> TIRADO ESTRADA, Jesús, “*Delitos contra la ordenación del territorio: Aspectos generales. Problemática práctica derivada de la relación Administración-Jurisdicción, Derecho Penal y Derecho Administrativo*”, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Madrid, 1998.

indolencia y tolerancia de la Administración a la hora de su puesta en práctica y aplicación, cuando no a un cierto ambiente de cesión de los organismos competentes a las presiones generadas en el ámbito inmobiliario, procedente o participadas en las más de las ocasiones por intereses especulativos, aderezado todo ello, con un afán desmesurado de lucro en unos y de captación de fondos para las arcas públicas en otros, cuando no empozoñado por un ambiente patente de corrupción.

De todos es bien sabido, que el suelo es un bien escaso y limitado que no puede autogenerarse, sino todo lo contrario, porque de no ponerse límites a estos atentados y violaciones se corre el riesgo de que este bienpreciado se aminore y se degrade. Por ello es necesario y obligatorio que por parte del Estado, se dicten leyes que eviten estos ataques y ordenen el territorio, con el objetivo de que se garanticen los derechos individuales y colectivos de la comunidad afectada.

El Estado, a la hora de efectuar la ordenación del territorio, aunque debe de tener en cuenta el desarrollo económico y social, también debe de tener en consideración las generaciones futuras, y que además ese desarrollo urbanístico se efectúe de manera respetuosa con los intereses generales o supremos de la colectividad.

Hoy en día el ritmo de crecimiento de las construcciones ilegales es inmensamente extraordinario, sin que haya una defensa de lo público, o como dice VERCHER NOGUERA<sup>4</sup>, se construye a lo loco, si bien se ha superado el desacompasado desarrollismo, sigue existiendo un

---

<sup>4</sup> VERCHER NOGUERA, Antonio, “*La delincuencia urbanística*”, Editorial Colex, S.A., Madrid, pág. 27.

elevado grado de crecimiento irracional, con sus secuelas de deshumanización y desarraigo.

La práctica generalizada de primar el interés particular de los especuladores, hace que el suelo se encarezca frenéticamente de una manera desproporcionada, limitándose con ello la posibilidad de que innumerables personas puedan disfrutar de una vivienda digna, siendo acertada la inclusión de las aberraciones más graves al bien escaso del suelo como figura delictiva. De la misma opinión es ROMÁN GARCÍA<sup>5</sup>, cuando afirma que las nuevas tipificaciones responden a una especie de clamor popular contra la corrupción en sus distintas manifestaciones.

De la propia Exposición de Motivos del actual Código Penal se interpreta que estos delitos son parte de una necesidad de creciente tutela en una sociedad cada vez más compleja, que da acogida a nuevas formas de delincuencia.

Sostiene COBO DEL ROSAL<sup>6</sup> que la decisión del legislador de intervenir penalmente en este concreto ámbito delictivo responde a la existencia de problemas técnicos-jurídicos y, sobre todo, la presencia de aspectos relacionados con la moral colectiva y la solidez de las estructuras administrativas en materia de política urbanística.

Existe un sector doctrinal que sitúa a estos tipos de delitos en el ámbito socio-económico, dado que las actividades de construcción y edificación son de contenido económico, aunque es verdad que también

---

<sup>5</sup> ROMÁN GARCÍA, Fernando, “*Derecho Penal Administrativo*”, Plaza Edición, Madrid, 2005, pág. 25.

<sup>6</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel, “*Compendio de Derecho Penal español*”, Parte Especial, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 584.

tienen contenido social dada la función pública que es la ordenación del territorio, que debido a su dimensión pública y social, sea la causa de tipificarlos como conducta delictiva.

A pesar de la incriminación en el Código Penal de 1995 de los atentados más graves llevados contra la ordenación del territorio, no ha frenado ni atajado los casos de corrupción llevados en España en los últimos años, ocasionando además una construcción desenfrenada, permitiendo desmanes urbanísticos que originan en multitud de ocasiones gravísimos impactos ambientales y sociales. Todo ello ha propiciado que por culpa del urbanismo salvaje y corrupto más grave, los responsables hayan acabado privados de libertad, y que en muchos de estos supuestos se incluyan a altos cargos políticos y del Estado, propiciando con ello una desconfianza en el electorado y permitiendo a la sociedad tomar conciencia de la gravedad del fenómeno de corrupción urbanística.

Ante la gravedad de los delitos urbanísticos que origina una corrupción sin paliativos, el legislador ha efectuado una importante reforma al Código Penal, acometida por la Ley Orgánica 5/2010, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, afectando a los delitos sobre la ordenación del territorio, incluidos dentro del Capítulo I del Título XVI del Libro Segundo, que a partir de la reforma pasará a llamarse “*delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”. Este cambio de denominación es acertado pues la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, contiene que el mismo se debe a que se incluye “*el urbanismo como objeto de tutela*”, dado que en la realidad el bien jurídico protegido desde la entrada en vigor del Código Penal, ha sido el urbanismo más que la propia ordenación del territorio.

Dicha reforma tiene como novedad entre otras, el reconocimiento de la responsabilidad penal de las empresas promotoras o constructoras que giran en el tráfico jurídico con personalidad jurídica, la ampliación de las conductas típicas del delito, y el endurecimiento de las penas cuando se trata de delitos de prevaricación urbanística. Esta reforma tiene como objetivo primordial enfrentarse de manera contundente al problema del incumplimiento de la legalidad urbanística, en especial en suelo no urbanizable, así como complementar el efecto disuasorio que suponen las elevadas sanciones implícitas en los expedientes sancionadores correspondientes.

Sostiene REY HUIDOBRO<sup>7</sup> que la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha modificado profundamente la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, motivado por diversos factores. En primer lugar, por las obligaciones internacionales que España tiene contraída, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea, que exigen adaptaciones de nuestras normas penales; en segundo lugar, por la necesidad de corregir algunas carencias o desviaciones que la experiencia aplicativa del Código ha ido poniendo en evidencia; finalmente, por la cambiante realidad social que determina el surgimiento de nuevas cuestiones que han de ser abordadas. Todos ello, sin olvidar que los numerosos y en ocasiones acelerados cambios introducidos en la arquitectura original del texto de 1995, han producido algunos efectos de distorsión o incongruencia necesitados de corrección.

---

<sup>7</sup> REY HUIDOBRO, Luíís Fernando, “La reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en materia de drogas”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 8/2010, Madrid, 2010.

## II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO

### 1. Evolución de los Proyectos de Código Penal previos al Código Penal de 1995

Antes de que el legislador aprobara el Código Penal de 1995, ya existían otros antecedentes, pues con anterioridad en los proyectos que le precedieron preveían estos tipos de delitos urbanísticos. Fue a partir de los años 1980 cuando la ciudadanía fue tomando conciencia de los problemas que afectaban a la colectividad, o en otras palabras conocidos como difusos, donde se encontraba el bien jurídico protegido Medio Ambiente y dentro de éste bien se contenía la ordenación del territorio, es decir el suelo, el aire, agua, la fauna y la flora.

Nuestra Carta Magna protege estos bienes en su art. 45, cuando dispone”1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la Ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”. De lo anterior se puede interpretar que la Constitución considera el Medio Ambiente como Recursos Naturales y en especial la flora y la fauna.

El legislador del Código Penal de 1983, tomando en conciencia el mandato constitucional, introdujo el art. 347 bis, que disponía *“Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 pesetas el que, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directamente o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.- Se impondrán la pena superior en grado si la industria funcionara clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, o se hubiere desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiere aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma o se hubiere obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.- También se impondrá la pena superior en grado si los actos anteriormente descritos originaren un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.- En todos los casos previstos en este artículo podrá acordársele la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo el Tribunal proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores”*.

Pero dentro de este artículo como se ve, no protegió el bien jurídico de la ordenación del territorio, a pesar de que se incluyó en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, agrupado

en el Título XIII del Libro II, bajo la rúbrica “*Ordenación del Territorio y Medio Ambiente*”, que a su vez se divide en dos Capítulos diferentes, el primero denominado “*De los delitos sobre la ordenación del territorio*”, y el segundo “*Delitos contra los recursos naturales*”.

En la Propuesta de la Ley Orgánica del Código Penal de 1980, se incluyó a los delitos urbanísticos como bien jurídico protegido dentro de los ilícitos “*contra el orden socio-económico*”. La doctrina dudaba o discutía sobre si el derecho penal, como “*última ratio*” era un instrumento adecuado para garantizar la ordenación del territorio, pues entendían que el Derecho Administrativo era el mejor instrumento jurídico, dado que ese Orden Jurisdiccional dispone de medidas preventivas y represivas a través de la potestad sancionadora.

Para GARCÍAS PLANAS<sup>8</sup>, la ordenación del territorio es un bien constitucionalmente protegido, contenido el art. 47 de la Constitución española, sin embargo este precepto no exige que se proteja penalmente este bien jurídico, como se hace con el patrimonio histórico y el medio ambiente, concretamente en sus artículos 45 y 46. En el caso de la ordenación del territorio el poder constituyente deja abierta la cuestión y es el legislador el que ha de decidir si cabe o no proteger penalmente, el bien jurídico-constitucional de la ordenación del territorio en el marco de una política criminal adecuada. DE LA CUESTA ARZAMENDI<sup>9</sup> es partidario de que los delitos contra la ordenación del territorio se integren

---

<sup>8</sup> GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “*El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio)*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 61.

<sup>9</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, “*Protección penal de la ordenación del territorio y del medio ambiente*”, Documentación jurídica del Ministerio de Justicia, Volumen 2, enero-diciembre de 1993, pág. 119.



en el Código Penal como bienes jurídicos autónomos, porque en el ámbito penal hay que mostrarse muy celoso de las funciones de garantía formal que representan los Códigos como forma legislativa.

Pero no ha sido hasta el Código Penal de 1995, cuando se ha incardinado como un bien jurídico protegido, aunque las infracciones urbanísticas se regulan en el Reglamento de Disciplina Urbanística, Decreto 2187/1978 de 23 de junio en desarrollo de la Ley del Suelo 1346/1976, y en la actualidad por el Real Decreto 2/2008 de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

## **2. Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980**

El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980 fue el primero en que se intentó regular penalmente los delitos contra la ordenación del territorio, incardinándose en el Capítulo X, *“De los delitos contra el orden socio-económico”*. La Exposición de Motivos del Proyecto justificaba la inclusión, porque la reclamaba la sociedad, dado que en esa época existían graves problemas derivados de la ordenación de suelo y del territorio, debido al descontrol democrático de los Ayuntamientos, toda vez que era la propia sociedad la que sentía un enorme rechazo a la especulación del suelo, pues con la misma se originaban grandes fortunas que repercutían en unos pocos particulares, y no en la plusvalía que correspondía a la ciudadanía. En aquella época la sociedad reclamaba que se procediera a la ejecución de una política real urbanista que beneficiara a toda la colectividad, que se adoptaran medidas preventivas y la aplicación efectiva de la legislación del suelo,

más que la criminalización de las conductas ilícitas, entendiéndose que estos ilícitos ya estaban tipificados en los delitos de prevaricación, corrupción, estafas inmobiliarias, etc., dado que todos ellos guardaban relación íntima con las actividades urbanística.

En el Proyecto de la Ley Orgánica de 1980, se regulaba los delitos urbanísticos en los artículos 382 a 385:

*Art. 382 “Los promotores, empresarios y técnicos-directores de una edificación levantada invadiendo suelo no urbanizable, especialmente protegido, o destinado en el planeamiento a edificaciones para centros públicos, sanitarios, docentes u otros de interés comunitario, serán castigados con las penas de prisión de uno a tres años o multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación para profesión u oficio por tiempo de seis a diez años. Si el edificio se levantara en suelo destinado a viales, zonas verdes o espacios libre se impondrán las penas en su mitad superior”.*

*Art. 383 “Se impondrán las mismas penas establecidas en el artículo anterior, en sus respectivos supuestos, a los promotores, empresarios y técnicos-directores que levanten edificios excediéndose notorialmente en las alturas o volúmenes autorizados por las ordenanzas y planes de urbanismo o en la licencia que les fuere otorgada”.*

*Art. 384 “Los funcionarios facultativos que hubieren informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias notoriamente contrarios a las normas urbanísticas vigentes y los miembros del organismo otorgante que hubiere votado su concesión a sabiendas de su ilegalidad, serán castigados con pena de prisión de uno*

*a tres años o multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, con la de inhabilitación especial para el desarrollo de cargos públicos por tiempo de seis a diez años”.*

*Art. 385 “Cuando los delitos definidos en los tres artículos precedentes fueren cometidos a través de Sociedades o Empresas, se podrá imponer a éstas la medida de prohibición de realizar la actividad de construcción de edificios por tiempo de uno a tres años. En el caso de reincidencia esa prohibición podrá tener carácter definitivo”.*

En definitiva el articulado del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (PLOCP) de 1980, disponía como delitos urbanísticos graves los siguientes:

- a) La actuación de promotores, empresarios y técnicos directores en el levantamiento de una edificación, que invada suelo no urbanizable, suelo que esté especialmente protegido, la edificación en suelo destinado a viales, zonas verdes o espacios libres, así como edificios que excedan la altura o volúmenes en contra de la licencia concedida.
- b) El informe favorable de un funcionario público facultativo de un proyecto de edificación o la concesión de licencia notoriamente contraria a las normas urbanísticas vigentes o la votación en la concesión a sabiendas de su ilegalidad.

En la Exposición de Motivos del PLOCP de 1980, se justificó la introducción de estos delitos en el nuevo Título VIII, dedicado a los “*Delitos contra el orden socio-económico*”. Dicho Título irrumpía en el Libro II del Proyecto, dando así respuesta a determinadas

reivindicaciones de política criminal basadas en el denominado cambio social. En concreto, el argumento sostenido para incluir en dicho Título un Capítulo dedicado a los delitos urbanísticos reclamados por la colectividad, en cuanto tenían una importante significación social que incluso trascendía a su contenido económico.

En el Proyecto de 1980 fue la primera vez que se reguló la responsabilidad penal de los servidores públicos. Exigiéndose también la responsabilidad a los miembros del organismo competente que a sabiendas de su ilegalidad hubiere votado a favor de la concesión. Estos delitos graves eran castigados alternativamente con las penas de privación de libertad de uno a tres años o multa de doce a veinticuatro meses, que se aplicarían en su mitad superior cuando lo edificado lo hubiese sido en suelo destinado a viales, zonas verdes o espacios libre, y en todo caso, la imposición conjuntamente de la inhabilitación para profesión u oficio, de seis a diez años, así como la inhabilitación especial por el mismo tiempo en los delitos cometidos por funcionarios facultativos.

La doctrina criticó duramente la inclusión de los delitos contra la ordenación urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980, alegando inseguridad e incerteza jurídica dado el uso reiterado de expresiones ambiguas y principalmente el término “*notoriamente*”, un ejemplo de ello lo tenemos en RODRÍGUEZ RAMOS<sup>10</sup> que consideraba que “*la notoriedad*” es un elemento netamente valorativo, cuya

---

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “*La disciplina urbanística, las parcelaciones y el nuevo Código Penal: Actas I y II, Jornadas*”, op. cit., págs.183-188.

determinación queda en manos del juez, quien decidirá arbitrariamente en cada caso la concurrencia o no de dicho adverbio.

También un sector de la doctrina puso de manifiesto que las conductas penales que se incluyeron en el PLOCP 1980 coincidía muchas de ellas con las infracciones administrativas, no pudiéndose a veces precisar la diferencia entre el ilícito penal y el administrativo, dada la existencia de tipos penales que eran idénticos a los que se preceptuaban en el Reglamento de Disciplina Urbanística, regulado en el Real Decreto 2187/1978 de 23 de junio.

Sostiene RODRÍGUEZ RAMOS<sup>11</sup> la necesaria redacción alternativa al PLOCP de 1980, redactando cuatro artículos en los que sólo se castigaban penalmente las infracciones urbanísticas más graves en las que además concurrían dos elementos: el formal, consistente en la infracción de leyes, reglamentos o resoluciones administrativas y el material, o la lesión de los elementos base del urbanismo (paisaje natural, cultural, y calidad de vida), así mismo también consideró el mantenimiento del castigo de la responsabilidad penal del funcionario facultativo.

El Grupo Socialista en la enmienda núm. 620, solicitó la inclusión en el art. 382 como objeto de protección los lugares de considerable valor paisajístico, histórico y cultural, además también consideraron oportuno incluir en el art. 383 la adición “*parcelaciones que contravengan gravemente lo establecido por las normas urbanísticas*”. Pero a pesar de

---

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “*Los delitos urbanísticos en el Proyecto de Código Penal*”, op. cit, pág. 888.

todas estas enmiendas al PLOCP de 1980, dicho Proyecto no prosperó debido a la victoria del Partido Socialista Obrero Español en la Elecciones Generales de 1982.

### **3. Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983**

Después de ganar el Partido Socialista Obrero Español las Elecciones Generales de 1982, y siendo presidente del Gobierno de España Felipe González, se realizó la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, que incluyó en el Título XIII, al margen de los delitos socioeconómicos, los delitos relativos a la ordenación del territorio y al medio ambiente. En la Propuesta se incardinaron estos delitos en los artículos 307 a 309, con el siguiente sentido literal:

*Art. 307 “1. Los promotores, empresarios, técnicos o directores de obras que, actuando sin licencia, dañaren gravemente los intereses protegidos por el ordenamiento urbanístico levantando alguna construcción en suelo inedificable o destinado por el planeamiento a equipamiento público o de interés comunitario, serán castigados con la penas de prisión de seis meses a dos años. 2.- Se impondrán las penas en su mitad superior si la obra se levantara en suelo destinado a viales, zonas verdes, áreas docentes, espacios libres o lugares de considerable valor paisajístico, histórico o cultural. 3.- En cualquier caso el Tribunal motivadamente podrá ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.*

*Art. 308 “1. Se impondrán las mismas penas establecidas en el artículo anterior, en sus respectivos casos, a los empresarios, promotores, técnicos o directores que, contraviniendo gravemente las normas urbanísticas, realizaren parcelaciones o levantaran edificios excediéndose en la altura o volumen autorizados en las ordenanzas, planes de urbanismo o en la licencia que les hubiera sido otorgada. 2. Para valorar la desproporción de las alturas o volúmenes, el Tribunal tendrá en cuenta no sólo la legislación general o especial aplicable al caso, sino también las alturas y volúmenes corrientes en la zona y el daño causado al entorno natural o artístico. 3. En su caso de aplicación los dispuesto en el párrafo 3 del artículo anterior”.*

*Art. 309 “Cuando los delitos definidos en los dos artículos anteriores fueren cometidos a través de sociedades o empresas, se podrá imponer a éstas la medida de prohibición de realizar la actividad de construcción o promoción de edificios por tiempo de uno a tres años. En caso de habitualidad, tal prohibición podrá imponerse con carácter definitivo”.*

Concretamente en el Capítulo I del Título XIII, se reguló bajo la rúbrica “*De los delitos sobre la ordenación del territorio*” y en su Capítulo II “*De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 310 y 314)*”, siendo la primera vez en el derecho español que estos bienes jurídicos se protegen por separado y por consiguiente es el inicio de la configuración conceptual autónoma de los delitos urbanísticos y ecológicos.

Las penas que se imponían en el PANCP de 1983 eran de prisión de seis meses a dos años y de inhabilitación para profesión u oficio. También la pena de seis meses a dos años para los promotores, empresarios, técnicos o directores de obras, que actuando sin licencia, dañaren gravemente los intereses protegidos por el ordenamiento jurídico urbanístico levantando alguna construcción en suelo inedificable o destinado por el planeamiento a equipamientos públicos o de interés comunitario, o que ejecutaren parcelaciones o levantaren edificios excediéndose en la altura o volúmenes autorizado en las ordenanzas, planes de urbanismo o en la licencia que les hubiera sido otorgada.

En la Propuesta, también se contemplaba un tipo agravado *si las propias obras se ejecutaban en suelo destinado a viales, zonas verdes, áreas docentes, espacios libres o lugares de considerable valor paisajístico, histórico o cultural. Los propios tribunales, en cualquier caso y siempre motivados para ello, podrían ordenar, a cargo del autor, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.*

En su artículo 309 se contemplaba *que cuando los delitos urbanísticos fuesen cometidos a través de sociedades o empresas se impondría la medida de prohibición de edificar por tiempo de uno a tres años, y en los supuestos de habitualidad, la prohibición sería con carácter definitivo.*

Como se puede comprobar en el articulado de la Propuesta del Anteproyecto, no se hacía mención a los delitos urbanísticos cometidos



por funcionarios públicos, es decir, no se contenía la previsión específica de prevaricación urbanística.

Para GARCÍAS PLANAS<sup>12</sup> en la redacción de los tipos se produjeron algunas omisiones, dado que no se tuvieron en cuenta las actuaciones en relación a derribos o desmontaje, o la ejecución de proyectos de edificación y urbanización sin acometer las obras legalmente exigidas relativas a equipamientos e infraestructuras básicas (suministro de agua, energía, alcantarillado, etc.), por otro lado subsistir las dificultades de delimitación entre injusto penal e injusto administrativo.

También en la Propuesta del Anteproyecto se incluyeron en los artículos 307 a 308 tipos penales en blanco, planteando muchísimos problemas dada su imprecisión, así mismo la falta de presión y seguridad se pone de manifiesto en alguna conducta, como por ejemplo cuando se añade como sujetos activos del delito a promotores y empresarios, técnicos o directores de obras, considerándose estos tipos de delitos como especiales, dejando de criminalizar a los sujetos promotores que no se dedicaban a la actividad económica de la construcción.

Para DE LA CUESTA ARZAMENDI<sup>13</sup> en la Propuesta del Anteproyecto de 1983, junto a mejoras técnicas, se subsanó la carencia a incluir una previsión expresa relativa a las parcelaciones realizadas contraviniendo las normas urbanísticas. No obstante no dejó de suscitar

---

<sup>12</sup> GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “*El delito urbanístico (delitos relativos a la ordenación del territorio)*”, op. cit., pág. 41.

<sup>13</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “*Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995*”, op. cit., pág. 309.

críticas de alcance, en cuanto a su ámbito de protección, por no abarcar la ejecución del proyecto de edificación, sin llevar a cabo las obras legalmente exigidas de infraestructuras básicas y otras actuaciones que no consisten en el levantamiento de construcciones nuevas, o en la realización de parcelaciones, sino en aumentos de volúmenes en edificios construidos, o en derribo/desmontaje, alteración de fachadas, en particular de determinados bienes como por ejemplo monumentos. Se criticó igualmente la falta de previsión de la sanción de los supuestos de imprudencia grave, a la vista de las altas posibilidades de concurrencia de errores vencibles de tipo, que de otro lado quedarían impunes.

Al igual que ocurrió en el Proyecto del Código Penal de 1980, la doctrina fue muy crítica con la delimitación de los sujetos activos a los promotores, empresarios y técnicos directores de obra, pues de la interpretación jurídica cabría excluir a los autopromotores no profesionales que con sus propios medios construyesen cualquier tipo de edificación en las zonas prohibidas.

También fue en el PANCP de 1983 cuando por primera vez se tomó la medida de la demolición de la obra ilícitamente construida, y a partir de este momento se haría mención en los sucesivos proyectos legislativos, hasta su inclusión en el artículo 319 del Código Penal de 1995. La doctrina aunque aplaudió la medida de demolición, criticó que no se incluyese también en el PANCP la medida de reconstrucción de las obras a cargo del autor cuando el delito consistiese en la demolición o el derribo.

Para GÓRRIZ ROYO<sup>14</sup> se destacaron como aciertos en el PANCP determinados cambios terminológicos, como la modificación del rótulo del Capítulo XIII, adoptando el de “ordenación del territorio” en lugar de “ordenación urbanísticas” y la referencia en el art. 309, a la “habitualidad” en lugar de a la “reincidencia”, así mismo también se valoró positivamente la inclusión de nuevas medidas como la demolición y la sanción de las parcelaciones que incumplieran gravemente las normas urbanísticas, conductas cuya tipificación fue reivindicada por la doctrina penal a raíz de su omisión en la propuesta legislativa anterior.

Como consecuencia de la promulgación de la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, se realizó una importante modificación al mismo, siendo la primera vez en España que el medio ambiente era tutelado penalmente al introducirse en el art. 347 *bis* el delito ecológico. A pesar de la tutela penal de este delito ecológico, fue muy criticado por la doctrina al configurarse el precepto como una norma penal en blanco. La inclusión de este precepto en la norma punitiva hacia castigar “con la pena de arresto mayor y multa del 175.000 a 5.000.000 de pesetas al que contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directamente emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. Además se imponía la pena superior en grado si la industria funcionara

---

<sup>14</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “Protección penal de la ordenación del territorio: Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 del CP”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

*clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, o se hubiera desobedecido las ordenes expresa de la autoridad administrativa de corrección o sus pensión de la actividad contaminante, o se hubiere aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma o se hubiere obstaculizado la actividad inspectora de la Administración. También se imponía la pena superior en grado si los actos anteriormente descritos originaren un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico. Se podría acordar la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo el Tribunal proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores”.*

El propio Tribunal Constitucional se pronunció sobre la naturaleza de la norma penal en blanco del art. 347 bis en su Sentencia 127/1990<sup>15</sup> que declaró que la norma reúne los requisitos de *lex previa, certa y scripta* exigidos constitucionalmente, puesto que formula una remisión expresa y completa a normas específicas y define su núcleo esencial de la conducta prohibida (provocar o realizar emisiones o vertidos que pongan en grave riesgo o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida, etc.), remitiéndose solamente para completar el tipo a una circunstancia, o sea, la de que aquellos actos que se realicen contraviniendo leyes o reglamentos protectores del medio ambiente, con lo que queda definido asimismo de modo suficiente este elemento, consistente en una infracción administrativa de norma que tenga aquella finalidad.

---

<sup>15</sup> STC (Sala 1ª), núm. 127/1990 de 5 de julio.

#### **4. El Anteproyecto y el Proyecto del Código Penal de 1992**

El Anteproyecto de 1992 continuaba con la idea de incluir en el Código Penal un Título dedicado a la Tutela de la legalidad urbanística, por ello en el Proyecto de 1992 se destinó el Título XIII a los delitos relativos a la ordenación del territorio y a la protección de los recursos naturales y de la vida silvestre. En este Proyecto se incluyó también un delito contra el Patrimonio Histórico que incriminaba penalmente a los autores que derribaran o alteraran edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental. También en el articulado se establecía la posibilidad de ordenar, a cargo del autor del hecho la demolición o, en su caso, reconstrucción de la obra, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de bienes tutelados.

Aunque en la Propuesta del Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, no se hacía referencia a la prevaricación urbanística cometidas por funcionarios públicos, en el Anteproyecto de 1992 se volvió a incluir el delito de prevaricación urbanística castigando con pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, además de inhabilitación especial para el empleo o cargo público de seis meses a cinco años, a los funcionarios facultativos, que a sabiendas, hubiesen informado favorablemente proyectos de edificación o derribo, o la concesión de licencias notoriamente contrarias a las normas urbanísticas vigentes, así como a los miembros del órgano otorgante que hubiesen votado su concesión a sabiendas de su ilegalidad.

También se estableció la posibilidad de privar de los beneficios obtenidos a los autores de los delitos urbanísticos, ya se tratase de personas físicas o jurídicas. La doctrina fue muy crítica con el Anteproyecto de 1992, no teniendo tampoco favorable acogida la redacción por el Consejo General del Poder Judicial que informó en el sentido de volver, sin duda alguna, a la redacción de los artículos 307 a 309 de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, dado que se debería de acotar el círculo de los sujetos activos en el ámbito de los empresarios y profesionales, y prescindir del grave daño a los intereses protegidos por el planeamiento. Sería autor del delito el particular que, por sus propios medios, se construyese en suelo no urbanizable una chabola de segunda residencia (supuesto muy frecuente en determinadas zonas), o el que instala sin autorización un chiringuito playero de cierta permanencia.

Según GARCÍAS PLANAS<sup>16</sup> en la misma línea manifestada por el Consejo General del Poder Judicial, sobresalen los problemas derivados de la autoría y complicidad, pues al abandonar el texto de 1992 la limitación que del elenco de posibles sujetos activos, se efectuaba en los Proyectos de 1980 y 1983 (además de los funcionarios facultativos y miembros de los organismos otorgantes de la autorización), en la persona de los promotores, empresarios, técnicos o directores de obra, evidenciaba la voluntad del legislador de ceñir el tipo a las personas con una participación profesional directa, se amplificaba desafortadamente el círculo de autores, que agrazaría a los menos subordinados.

---

<sup>16</sup> GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “*El delito urbanísticos*”, op. cit. pág. 43.

Una vez finalizado el Anteproyecto del Código de 1992, se convirtió en Proyecto, que fue modificado muy brevemente, dado que el articulado cambió de los artículos 303 a 304 del Anteproyecto al 310 a 311 en el Proyecto, cambiando además las penas incluyéndose en el art. 310.1 “o *por los mismos motivos hayan sido catalogado de especial protección*”.

El Anteproyecto regulaba estos tipos de delitos en los siguientes artículos:

*Art. 303*

- 1) Se impondrán las penas de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, cuando se llevare a cabo una construcción no autorizada en suelo no urbanizable o en lugares de considerable valor paisajísticos, artístico, histórico o cultural.*
- 2) Los que derribaren o alteraren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico o monumental serán castigados con las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.*
- 3) En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar a cargo del autor del hecho, la demolición o, en su caso, reconstrucción de la obra sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, así como adoptar*

*cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este artículo.*

#### *Artículo 304*

*Los funcionarios facultativos que, a sabiendas, hubieren informado favorablemente proyectos de edificación o de derribo, o la concesión de licencias notoriamente contrarios a las normas urbanísticas vigentes, y los miembros del organismo otorgante que hubieren votado su concesión, a sabiendas de su ilegalidad, serán castigados con pena de prisión de uno a tres años o multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cinco años.*

Una vez que el Anteproyecto se convirtió en Proyecto del Código Penal de 1992, los delitos relativos a la ordenación del territorio se incardinaron con algunas modificaciones en los artículos 310 a 311.

#### *Artículo 310*

*1) Se impondrán las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, cuando se llevare a cabo una construcción no autorizada en suelo no urbanizable o en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.*



- 2) *Los que derribaren o alteraren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.*
- 3) *En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición o, en su caso, reconstrucción de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este artículo.*

#### *Artículo 311*

*Los funcionarios facultativos que, a sabiendas, hubieren informado favorablemente proyectos de edificación o de derribo, o la concesión de licencias notoriamente contrarios a las normas urbanísticas vigentes, y los miembros del organismo otorgante que hubieren votado su concesión, a sabiendas de su ilegalidad, serán castigados con pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cinco años.*

El Proyecto del Código Penal de 1992, contenía en el Título XIII la rúbrica “*de los delitos relativos a la ordenación del territorio y a la protección de los recursos naturales y de la vida silvestre*”, regulándose

en el Capítulo I, bajo el rótulo “*delitos sobre la ordenación del territorio*”. El Proyecto de CP de 1992 tenía como objetivo de la nueva legislatura aprobar el Código Penal de la Democracia, que en su Exposición de Motivos consideraba como un remedio para paliar la muy parcial satisfacción de las necesidades de la comunidad, de gozar de un sistema punitivo coherente en ese momento histórico, que también fue calificado como vetustez del Código. Además la propia Exposición de Motivos reconocía que solamente se incriminara los atentados urbanísticos más graves e irreversibles en su daño, o que requiriesen grandes esfuerzos de reparación.

El Proyecto de 1992, regulaba en el art. 310 dos tipos de delitos que incriminaban los atentados urbanísticos más graves sobre la ordenación del territorio, concretamente en el apartado primero de este precepto que consistía en realizar una construcción no autorizada, ya sea en suelo no urbanizable, o en espacio protegidos; o en otras palabras, lugares que tengan legalmente o administrativamente reconocido su valor paisajístico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. Y en el apartado segundo del mismo precepto se incriminaba la otra figura delictiva, que consistía en el derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental.

Como se ha expuesto con anterioridad, el Anteproyecto se convirtió en Proyecto, sufriendo leves modificaciones en lo referente a las penas, pues en las mismas se castigaban las conductas de construir en suelo no urbanizable o en espacios protegidos, elevándose en el Proyecto, en un año, el margen superior de la pena de inhabilitación especial.

También en el art. 310.3 del Proyecto del CP de 1992, se facultaba a los jueces y tribunales para que, en cualquier caso y motivadamente, pudieran ordenar la adopción de esta medida. Siendo novedosa la medida de reconstrucción de la obra, a cargo del autor del hecho y sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, así como cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este precepto.

## **5. Proyecto del Código Penal de 1994**

El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994 regulaba los delitos urbanísticos en los artículos 305 y 306. Este Proyecto, igual que los que le precedieron, castigaban con igual pena, tanto a promotores, constructores o técnicos directores que llevaran a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, artístico, histórico o cultural o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

### *Art. 305*

- 1) Se impondrá las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años , a los promotores, constructores o técnicos directores que llevaran a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes o lugares que tengan legal o administrativamente*

*reconocido su valor paisajístico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.*

- 2) Los que derribaren o alteraren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.*
- 3) En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición o en su caso, reconstrucción de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este artículo.*

#### *Art. 306*

*Los funcionarios facultativos que , a sabiendas, hubieren informado favorablemente proyecto de edificación o de derribo, o la concesión de licencia notoriamente contrarias a las normas urbanísticas vigentes, y los miembros del organismo otorgante que hubieren votado su concesión, a sabiendas de su ilegalidad, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cinco años.*

Fue durante el trámite parlamentario donde paulatinamente se fue germinando y configurando a través de los debates, propuestas y enmiendas, la actual redacción del Código Penal de 1995.

Antes de la entrada del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994 en el Senado, el Título XIII tenía como denominación “*de los delitos relativos a la ordenación del territorio y a la protección de los recursos naturales y de la vida silvestre*”, pero como consecuencia de la enmienda que se presentó en el Congreso de los Diputados, así como el debate en la Comisión de Justicia e Interior, estos delitos se ubicaron en el Título XV, concretamente integrados en los artículos 315 y 316, dicho texto tuvo su aprobación en el Pleno del Congreso de los Diputados el 19 de julio de 1995.

El Grupo Parlamentario Popular en su enmienda núm. 401, propuso (aunque fue rechazado posteriormente) la inclusión como modalidad del tipo básico, la urbanización o construcción de edificios realizados en cualquier lugar, e infringiendo la normativa urbanística, si además concurrían una serie de circunstancias como la obtención de licencia mediante falsedad o procedimiento ilícito, la desobediencia a las órdenes de la autoridad competente, relativas a la inviabilidad legal del proyecto y no haber solicitado las correspondiente autorizaciones, o licencias administrativas y, posteriormente, desobedecer las órdenes de la autoridad competente.

En palabras de GÓRRIZ ROYO<sup>17</sup>, la inclusión de la conducta fue rechazada al prevalecer el argumento de evitar la vulneración del

---

<sup>17</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 del Código Penal, op.cit., pág. 86.

*principio de intervención mínima*, dado que conductas muy similares ya estaban sancionadas como infracciones administrativas en la Ley del Suelo y en el Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978, y por tanto no requerían la conminación penal. Además, se consideró que eran conductas más próximas a las falsedades o desobediencias a la autoridad, que a los delitos contra la ordenación del territorio.

También fue rechazada la enmienda núm. 402, presentada por el mismo Grupo Popular, que tenía la intención de sustituir la palabra “*edificación*” por la de “*inmueble*” Tampoco este Grupo Parlamentario quería incardinar dentro de los tipos delictivos “*la actividad de edificación sin licencia o excediéndose de la licencia que hubiese sido concedida*” considerándose que estos ilícitos estaban tipificados como sanción administrativa y que su inclusión en el Código Penal habría sido excesiva en atención de la última *ratio* del derecho penal.

En trámite parlamentario fue rechazada la enmienda núm. 778, que defendían tanto el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria como Izquierda Unida, que solicitaban que se castigara en el art. 306 del CP, a los funcionarios o miembros de las Corporaciones que cometieran conductas imprudentes. La desestimación de la propuesta se basaba en que las conductas imprudentes estaban reguladas en el art. 78 de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local, dado que los funcionarios públicos y los miembros de las Corporaciones quedaban sometidos a la responsabilidad civil o penal en los actos u omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones, y en su consecuencia serían competencia de la administración las conductas imprudentes.

Como consecuencia de la enmienda presentada por el Grupo Socialista, tuvo lugar en el Congreso de los Diputados la inserción de un nuevo párrafo en el apartado primero, donde se castigaba de forma totalmente independiente las construcciones no autorizadas en suelo no urbanizable, que una vez estuvo la tramitación parlamentaria en el Senado, el Grupo de CIU a través de la enmienda núm. 203, pretendió que se incriminara el delito para los casos en que no fuera posible la legalización de la construcción.

Para BOLDOVA PASAMAR<sup>18</sup> la enmienda de CIU, en sí misma fue rechazada, pero sirvió de base a una enmienda transaccional del Grupo socialista aprobada en el Pleno de la Cámara Alta, que dio lugar a la modificación del elemento “no autorizada” por “no autorizable” en relación con la conducta del apartado segundo del art. 319, sin alcanzar a la del apartado primero. Más concretamente, la enmiendas de CIU, núms. 201 a 203, pretendían la sustitución mencionada (en realidad la expresión: “construcción no autorizada y no susceptible de legalización”) para la conducta del art. 319. 1 (enmienda 201), su supresión de la figura del art. 319.2 (enmienda 202), o, alternativamente, la misma sustitución (en realidad, “construcción no autorizada no legalizable”) para el delito del art. 319.2 (enmienda 203).

También el Grupo socialista, como resultado de la enmienda núm. 371, sustituyó el término *construcción* por el de *edificación*, así mismo Coalición Canaria en su enmienda 138 en el Senado incluyó el valor ecológico como protección principal del art. 319.1. Después de los debates, propuestas y enmiendas que se han comentado, con fecha 8 de

---

<sup>18</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Los delitos urbanísticos”, op.cit, pág. 38.

de noviembre de 1995, fueron votados en el Senado los artículos que hacen mención a los delitos contra la ordenación del territorio, que se incardinaron en los artículos 320 y 321. Estos preceptos en ese momento no se vieron modificados, a excepción del Título que se rotuló bajo el núm. XVI, bajo la rúbrica “*de los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección de patrimonio histórico y el medio ambiente*”.

El texto definitivo fue aprobado en el Congreso de los Diputados el 15 de noviembre de 1995, pero los delitos urbanísticos fueron recogidos en los artículos 319 y 320 y los delitos contra el patrimonio histórico en los artículos 321 a 324, siendo el texto definitivo del Código Penal publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 281 de 24 de noviembre de 1995.

## **6. La Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal**

El Código Penal de 1995 o de la Democracia fue aprobado mediante Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que en su Título XVI, Capítulo I, reguló en los artículos 319 y 320, bajo la rúbrica de “*los delitos sobre la ordenación del territorio*”.

### *Art. 319*

- 1) *Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años , a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelo 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.*

- 2) Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable.*
- 3) En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.*

*Art. 320*

- 1) La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.*
- 2) Con la misma pena se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.*

En el Título XVI del Libro II, se da cabida a los delitos contra la ordenación del territorio, junto al patrimonio histórico y el medio ambiente y en éste último incluye tanto la flora como la fauna.

Sostienen LOPEZ GARRIDO/GARCÍA ARAN<sup>19</sup> que los bienes jurídicos protegidos por los artículos 319 y 320 del CP, se inscriben en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos que superan las tradicionales concepciones personalistas del bien jurídico, al referirse a derechos económicos y sociales, atribuyéndose normalmente, a las exigencias de la intervención estatal en la vida económica que impone el Estado Social y que, por lo que afecta a estos intereses concretos, pueden derivarse de los “*principios rectores de la política social y económica*” del Capítulo III del Título I de la Constitución española.

Un sector doctrinal consideraba que el Título XVI del Código Penal estaba implícito o tenía cobertura legal en los artículos 45, 46<sup>20</sup> y 47<sup>21</sup> de la Constitución española, cuando se hace mención al medio ambiente, la calidad de vida, conservación del patrimonio histórico,

---

<sup>19</sup> LÓPEZ GARRIDO Diego/ ARCÍA ARAN, Mercedes, “*El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*”, Comentario al texto y al debate parlamentario, Editorial Eurojuris, Madrid, 1996, pág. 157.

<sup>20</sup> Art. 46 de la CE, “*Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La Ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio*”.

<sup>21</sup> Art. 47 de la CE, “*Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación*”.

cultural y artístico, el derecho a una vivienda digna y la utilización del suelo con respeto al interés general.

La doctrina científica tiene declarado que los artículos 45 y 46 prevén sanciones penales, y el art. 47 no hace mención a dicha previsiones, pero no obsta a la legitimación de que el legislador incrimine como delitos los atentados al suelo, como pueden ser las edificaciones contrarias al interés general, pues este precepto constitucional proporciona base suficiente para la actuación penal.

## **7. La nueva regulación de los delitos contra la ordenación del territorio tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio**

Como hemos tenido ocasión de comentar en la introducción de este trabajo, mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se ha modificado en profundidad 161 artículos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Esta reforma se debe a las obligaciones internacionales que España tiene contraídas, pues en el ámbito de la armonización jurídica europea se nos exige la adaptación de nuestras normas penales. Otro de los motivos es por necesidad de corregir algunas carencias o desviaciones que la propia experiencia de nuestro Código Penal ha evidenciado a lo largo de su vigencia<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> REY HUIDOBRO, Luis Fernando, “La reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio en materia de tráfico de drogas”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 8/2010.

La Exposición de Motivos en su apartado XX justifica la reforma de la siguiente manera: *“Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo son objeto de reforma en varios aspectos. De un lado, se modifica la rúbrica del Capítulo I del Título XVI del Libro II, en la que se explicita, junto a la ordenación del territorio, el urbanismo como objeto de tutela. De otro lado, se introducen mejoras. Así, se amplía el ámbito de las conductas típicas a las obras ilegales o clandestinas de urbanización, ya que éstas pueden tener un mayor impacto sobre el territorio que las de mera construcción o edificación, a las que además suelen preceder. A fin de evitar la consolidación de los beneficios del delito por parte del infractor, se perfecciona el sistema en lo que respecta a la pena de multa, estableciéndose, junto a la ya existente previsión de multa por cuotas diarias, la imposición de multa proporcional para aquellos casos en que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante de la aplicación de aquella. Además, se concreta que en todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.*

*Respecto del delito de prevaricación urbanística, se completa el ámbito de los objetos sobre los que se puede proyectar la conducta prevaricadora con la inclusión de los «instrumentos de planeamiento», así como la de los proyectos de parcelación y reparcelación. Y, como venía siendo demandado por la doctrina, se otorga rango típico a la ocultación de actos ilícitos observados por la inspección y a la omisión de inspecciones que tuvieran carácter obligatorio. En todos estos supuestos, se agravan las penas en correspondencia con la gravedad de*

*este tipo de conductas, suprimiéndose además en el artículo 320 la alternatividad entre la pena de prisión o multa a fin de evitar que los funcionarios y responsables públicos tengan un tratamiento privilegiado”.*

La Ley Orgánica ha modificado también la rúbrica del Capítulo I del Título XVI del Libro II del Código Penal que después de la entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010, se rotulará como “*De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, modificándose los artículos 319 y 320 que a partir de esta reforma tendrán el siguiente tenor literal:

#### *Artículo 319*

*1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los 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.*

*2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito*

*fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.*

*3. 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. En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.*

*4. En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.*

*Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.*

#### *Artículo 320.*

*1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de*

*planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o 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 será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.*

*2. Con las mismas penas se castigará 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, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia”.*

Bajo nuestra opinión la modificación del rótulo del Capítulo, no altera sustancialmente el bien jurídico protegido, pues como bien manifiesta URRAZA ABAD<sup>23</sup>, nos encontramos ante la plasmación en la literalidad del Código punitivo de la tradicional distinción conceptual entre la genérica ordenación del territorio, entendida como la labor de planificación del suelo para sus mejores usos y aprovechamientos, y el específico urbanismo, entendido éste como la ordenación de la edificación, construcción y urbanización dentro de las ciudades (urbes).

---

<sup>23</sup> URRAZA ABAD, Jesús, “Los delitos contra la ordenación del territorio tras la reforma del Código Penal operada mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, Editorial Tiran lo Blanch, Valencia, Doctrina núm. 12/2010.

Para la doctrina científica, el cambio de denominación, según establece el apartado XX de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, se debe a que se incluye “*el urbanismo como objeto de tutela*”. Sin embargo, en la realidad, el bien jurídico protegido ha sido esencialmente el urbanismo más que la ordenación del territorio, por lo que el cambio de denominación es bastante acertado al ajustarse a la verdadera naturaleza del tipo penal<sup>24</sup>.

Otro de los grandes motivos que ha propiciado la reforma operada por la LO 5/2010, ha sido la ampliación de las conductas típicas del delito y el agravamiento de la pena, así como el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el urbanismo, como consecuencia de que el sistema jurídico-administrativo de ordenación y planificación del suelo ha permitido estos desmanes del urbanismo desaforado con su enorme impacto ambiental y social.

Siguiendo a LOZANO CUTANDA<sup>25</sup>, una de las deficiencias del ordenamiento administrativo que más ha propiciado, e incluso alentado, el fenómeno de la corrupción urbanística en nuestro país, ha sido la inmediatez de los agentes encargados de la planificación y el proceso urbanizador, dado que los propios ayuntamientos poseen unas competencias muy amplias y están sometidos a un control muy escaso a la hora de aprobar el planeamiento y la reclasificación del suelo. Pues como sostiene esta autora, los Ayuntamientos es la Administración más

---

<sup>24</sup> CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro Javier, “*El delito contra la ordenación del territorio tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal*”, *Práctica Urbanística* núm. 100, enero 2011. Editorial LA LEY.

<sup>25</sup> LOZANO CUTANDA, Blanca, “*Delitos contra la ordenación del territorio y prevaricación urbanística*”, *Diario La Ley* núm. 7534, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2010, año XXXI, La Ley.



cercana a los ciudadanos y, por tanto, a los especuladores, quien tiene las riendas del proceso urbanizador con un control muy debilitado por parte de las Comunidades Autónomas, lo que incrementa enormemente los riesgos de corrupción. Si a ello se une la insuficiencia de las dotes financieras que sufren de manera endémica una gran parte de los municipios, que les incita a recurrir a su participación en las plusvalías generadas por la actividad urbanística para sufragar los déficits, ya tenemos el caldo de cultivo de la sobreexplotación del suelo y los desmanes urbanísticos.

De todas las novedades que incluye la LO 5/2010, para nuestra opinión una de las más importante es la inclusión del nuevo art. 31 bis en nuestro Código Punitivo, pues a partir de la reforma operada al CP, se le reconoce responsabilidad penal a las personas jurídicas en materia urbanística. Lo que trata el legislador con esta nueva incriminación de estas personas jurídicas, es el refuerzo y la punición del algunos delitos que se comenten en el interior de sociedades mercantiles, como puede ser los delitos urbanísticos o en otra palabras *“delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”*, pues a partir de ahora además de las responsabilidades de sus representantes legales, también soportará la responsabilidad penal las personas jurídicas, eso sí, se verá reducida esta responsabilidad si la propia mercantil procede de forma voluntaria a colaborar con la justicia, como así lo dispone el apartado cuatro del art. 31 bis: *“Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades :a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la*

*infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.*

Existe una excepción a esta responsabilidad penal de la personas jurídicas en el nuevo art. 31 bis del CP, que excluye a las que tengan la forma de derecho público: *“Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”.*

También como consecuencia de la entrada en vigor de la LO 5/2010 la nueva redacción al art. 319.1 amplía la acción típica, pues con anterioridad solamente se castigaba la construcción no autorizada en el suelo urbanizable de especial protección, a partir de la reforma que estamos comentando, también se tipifican las obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en esos suelos. Con esta

modificación, será punible cualquier construcción o edificación, independientemente de su entidad y estabilidad, o su vocación de permanencia.

A raíz de esta reforma también se amplían las penas que estaban prevista en el origen del CP de 1995, pues a partir de ahora, en el apartado primero pasa de la prisión de un año y seis meses, a tres años, de prisión de un año y seis meses a cuatro años; y de prisión de seis meses a dos años, a prisión de uno a dos años en el apartado segundo. La de inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo, de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores, se mantiene en los mismos términos, así como la de multa de doce a veinticuatro meses. En las penas de multa se ha introducido una excepción en los apartados primero y segundo *“multa de doce a veinticuatro meses salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio”*.

Otra novedad son las penas introducidas en el apartado tercero del art. 319 CP, que establece que: *“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. En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”*. En la redacción del texto anterior a esta reforma se establecía, que en cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor

del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

Creemos que el legislador ha desaprovechado nuevamente la ocasión de establecer como obligatoria la demolición para los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, dado que con la demolición se consigue que las penas impuestas para estos tipos de ilícitos penales no se conviertan en penas simbólicas. Siguiendo la línea de RÓDENA MOLINA<sup>26</sup>, es mucho más eficaz imponer como obligatoria la demolición que aumentar las penas de prisión, porque sin demolición la condena en estos delitos es una ilusión, un espejismo y produce la paradoja que no se da en otros delitos de permitir al delincuente condenado que siga disfrutando del delito, ya que si no se derriba la edificación ilegalmente construida en suelo no urbanizable, el condenado habrá satisfecho una multa pero seguirá disfrutando del efecto del delito, la edificación.

En esta reforma se ha incluido otra novedad, como es la condena al decomiso de las ganancias que provengan de esto tipos de delitos, que a tenor de lo preceptuado en el art. 374.4 CP, los efectos del decomiso se incorporarán al patrimonio del Estado. El decomiso nunca dará lugar a satisfacer las responsabilidades civiles derivada de los delitos, como tampoco puede tener como destino el pago de las costas procesales. Si los beneficios económicos obtenidos por los delitos se han transformado en bienes inmuebles, se incorporarán también al Patrimonio del Estado o se enajenarán.

---

<sup>26</sup> RÓDENAS MOLINA, Javier, “Los delitos contra la ordenación del territorio y las prevaricaciones urbanísticas tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010”, Revista Jurídica de Canarias núm. 21/2011.

Esta nueva medida tiene su origen en la Decisión Marco 2005/212/JAI, del Consejo, de 24 de febrero, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. También el decomiso de los beneficios por los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, trae como causa el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial de 26 de febrero de 2009, al texto del Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2009, al concluir que si por el motivo que sea la construcción no puede o no debe ser demolida, el beneficio que se derive del ilícito penal no quede bajo ningún concepto, en manos del infractor, si no se quiere seguir generando los ya conocidos efectos criminógenos de un incorrecto sistema de consecuencia del delito.

La reforma ha incrementado la pena de prisión en los delitos de prevaricación urbanística, pues con anterioridad a la misma, estaba establecido como pena del delito de prevaricación la establecida en el art. 404 y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses, y a partir de ahora con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses. Como vemos con esta reforma, queda inalterada la pena de multa de doce a veinticuatro meses, aunque se modifica la pena de prisión, que pasa de seis meses a dos años a un año y seis meses a cuatro años.

A partir de la reforma se tipifican como delitos de prevaricación urbanística la conducta omisiva de los servicios de inspección, así como silenciar la infracción de normas relativas a la ordenación del territorio o urbanísticas. Sobre este aspecto sostiene RÓDENAS MOLINA,<sup>27</sup> que de

---

<sup>27</sup> RÓDENAS MOLINA, Javier, “idem”.

esta forma se logra la tipificación de conductas omisivas de prevaricación en relación con el Derecho Urbanístico, para reforzar las necesidades de inspección urbanística por parte de los municipios exigiendo a los funcionarios con competencias en materia de inspección urbanísticas, al realizar el control y seguimiento de las obras autorizadas que deberán advertir la infracción de las normas relativas a la ordenación del territorio que observen en sus labores de inspecciones urbanísticas, así como se recuerda por el legislador penal, la obligatoriedad de la realización de estas inspecciones urbanísticas con cierta periodicidad, precisamente para poder llevar a efecto un efectivo y adecuado control y seguimiento respecto de las obras autorizadas y las definitivamente ejecutadas por el particular, reforzando de esta manera la detección de irregularidades urbanísticas en obras en fase de ejecución para evitar que se consoliden edificaciones claramente contrarias a la normativa de ordenación territorial.

### **III. LOS DELITOS URBANISTICOS EN EL DERECHO COMPARADO**

#### **1. Introducción**

Dada la similitud respecto a la protección de la ordenación del territorio con España, en este trabajo se analizará la protección que se dispensa al medio ambiente y por consiguiente al urbanismo en Alemania, Francia e Italia, debiéndose de significar que el modelo de nuestro país está inmerso de una originalidad digna de admiración, pues

no es posible hallar un parangón exacto en el Derecho comparado con la regulación del art. 319 del CP español.

En la misma línea seguida por GÓRRIZ ROYO<sup>28</sup>, los motivos por el cual no se puede hablar de la existencia de modelo de protección penal a la ordenación del territorio en estos países, obedece a que en ninguna legislación penal extranjera puede apreciarse la protección jurídico penal a este bien jurídico como se protege en nuestro Código Penal. Todo ello se debe principalmente, porque a diferencia de lo que sucede en estos países, la Constitución española contiene referencias constitucionales de protección al bien jurídico protegido de la ordenación del territorio y la autonomía respecto al medio ambiente.

Concretamente nuestra Carta Magna, reconoce el derecho a un medio ambiente adecuado, y a la utilización racional del suelo y la ordenación del territorio, a diferencia con lo que ocurren en Francia, Alemania e Italia en la que sus respectivas Constituciones no contienen referencias a la protección del medio ambiente ni del suelo.

Sostiene RODRÍGUEZ RAMOS<sup>29</sup>, que con respecto a los delitos urbanísticos de Francia e Italia, estos países compartían una doble caracterización común, que aunque persiste en la actualidad, en ambos casos la norma penal se incluye, no ya en el Código Penal o en una ley exclusivamente penal especial, sino en la legislación urbanística general, y primordialmente administrativa.

---

<sup>28</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, *“Protección penal de la ordenación del territorio. Modelos de protección penal frente a las agresiones urbanísticas en el derecho comparado”*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, año 2003, pág. 75.

<sup>29</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, Luís, *“La protección penal del urbanismo (pautas para criminalizar algunas conductas)”*, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 81, Madrid, 1983, pág. 35.

Otro dato a tener en consideración es que en ninguno de los modelos seleccionados son tipificados los ilícitos urbanísticos como delitos autónomos de la parte especial del Código Penal. Los modelos de protección de la ordenación del territorio de estos países tienen en común con el modelo español, que todos ellos tipifican conductas de contenidos urbanísticos, como puede ser las agresiones o ataques a los bienes jurídicos colectivos diversos pero atinentes al medio ambiente y a los valores del propio suelo.

Como se ha podido deducir de lo comentado con anterioridad, en estos países se protege penalmente el medio ambiente y primordialmente el recurso natural “*suelo*” recubierto de singulares valores naturales, frente a las agresiones urbanísticas aunque, no en todos ellos se consagra bien jurídico alguno en referencia al urbanismo y a la protección de la ordenación del territorio.

Los tres países que se han analizado, al ser Estados miembros de la Unión Europea, deben de adaptar sus legislaciones de protección penal del medio ambiente a las obligaciones contraídas con la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008.

## **2. El Derecho Penal francés**

En Francia el urbanismo y a veces la ordenación del territorio “*l’Aménagement du territoire*”, están considerados como objetos formales de tutela penal que son protegidos independientes del propio



medio ambiente, regulados en el *Code de l'Urbanisme*<sup>30</sup>, aunque también se castigan penalmente otros atentados urbanísticos en leyes administrativas, dispersas en normas sectoriales.

“*l'Amenagement du territoire*” está relacionado con la planificación económica y con la finalidad de corregir los desequilibrios interregionales, que procure una mejor calidad de vida a sus ciudadanos, sirviendo además, para regular los asentamientos urbanos, así como los espacios naturales del interior.

Con la creación en 1976 del *Code de l'Urbanisme*, el urbanismo pasa a ser un bien jurídico tutelado y protegido, regulándose en el art. L.110, *que el territorio francés es el patrimonio común de la nación, donde se le asigna, a los poderes públicos las funciones de generar las bases del desarrollo económico, asegurar la protección de los recursos naturales, del paisaje, la seguridad y la salubridad pública y promover el equilibrio entre todas las poblaciones de las zonas urbanas y rurales.*

El informe del Consejo de Estado de 1992 es rubricado como “*el urbanismo por un derecho más eficaz*”, definido como el ámbito de expresión y de resolución de numerosos conflictos de intereses y de antagonismo, intentando la conciliación entre los intereses generales y particulares de los propietarios del suelo, así como de los constructores.

El Código Penal francés no incluye al urbanismo y la ordenación del territorio como bienes jurídicos en su parte especial, pues los delitos en materia urbanística, su definición y sanción está reservada a las leyes penales especiales, como puede ser el Código de Urbanismo (*Code de*

---

<sup>30</sup> Decreto núm. 73-1022 de 8 de noviembre de 1973.

*l'Urbanisme*), que contempla las sanciones tanto penales como administrativas en materia de protección del suelo. Ejemplo de estas leyes penales especiales se pueden encontrar, en la Ley de 15 de julio de 1975, de recurso natural, actividades de camping y estacionamiento de caravana (art. L. 480-4 del Código de Urbanismo); art. 29 de la Ley 29 de julio de 1979, contra el sistema de publicidad que afecta a la estética de determinados monumentos o lugares; Decreto de 21 de noviembre de 1980, Reglamento nacional de publicidad y Decreto 24 de febrero de 1982; respecto de las instalaciones clasificadas para la protección del medio ambiente (Ley de 1976, reformada por Ley de 3 de julio de 1985), y para la protección de los espacios protegidos, monumentos y parques (Código de Urbanismo). Como se puede observar, este conjunto de normas protege el suelo desde una perspectiva ambiental, si bien, entre las conductas punibles se comprende la realización no autorizada de construcciones, demoliciones, transformaciones de aspecto y que están penadas conforme a lo establecido en el art. L.480-4 del *Code de l'Urbanisme*.

Siguiendo a DE LA CUESTA ARZAMENDI<sup>31</sup> el *Code de l'Urbanisme* con carácter general, sanciona la inobservancia de los regímenes de autorizaciones urbanísticas, como puede ser la construcción sin permiso, bien por no haberlo solicitado, por no haberlo todavía conseguido, por caducidad, por ser rechazado, anulado o retirado; construir sin permiso es punible aunque la actividad, materialmente, sea

---

<sup>31</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, “Consideraciones acerca de los delitos sobre la ordenación del territorio a la luz del derecho comparado”, Instituto Vasco de Administración Pública, Colección Urbanismo y Medio Ambiente, Jornadas sobre delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Oñati, 1998, pág. 201.

conforme con la Ley, o si con posterioridad se concede permiso para regularizar.

Al igual que existen sanciones de carácter general, también hay incriminaciones especiales, como puede ser, la falta de señalamiento sobre el terreno en las construcciones o demoliciones, obstaculizar la actividad de inspección, realizar publicidad sobre parcelaciones, promesa de venta antes de tener autorización administrativa.

Se sancionan penalmente las infracciones a los espacios protegidos, como puede ser el corte o tala de árboles sin la debida autorización administrativa, los trabajos y utilización antirreglamentaria en perímetro sensible o en zonas de medio ambiente protegido, así como las infracciones en materia de permiso de demolición.

En Francia la casi totalidad de las infracciones urbanísticas están tipificadas como ilícitos penales, siendo enjuiciadas por el Tribunal Correccional. La prescripción de estas infracciones se produce a los tres años, y se pueden considerar como infracciones materiales, las que se cometen por simple negligencia, además en los delitos urbanísticos son causas de la exención de responsabilidad, la insignificancia o la tolerancia administrativa.

Para el Código punitivo francés son sujetos activos de las infracciones urbanísticas, los beneficiarios de las propias obras, los arquitectos y empresarios. Llama la atención que el propietario de una obra pueda ser sancionado por las infracciones que cometan los arrendatarios con el consentimiento del titular.

En Francia también la responsabilidad de los funcionarios públicos que se abstienen o retrasan en denunciar las infracciones, están reguladas en la Ley 13 de mayo de 1996, pudiendo ser condenados estos servidores públicos por un delito de imprudencia o negligencia. Estos tipos de ilícitos pueden ser penados con una multa no inferior a 1.220 €, que en caso de construcciones no puede exceder de la suma resultante de aplicar 6.000 € por m<sup>2</sup>. Si existe reincidencia puede la pena imponerse de uno a seis meses de prisión.

Es interesante destacar que el Código Penal francés, como pena accesoria, lleva aparejada la publicación de la sentencia condenatoria en los periódicos regionales a costa del condenado.

En referencia con la orden de demolición decretada por el Juez, siempre ha ocupado un lugar secundario, aunque todo ha cambiado en la actualidad, pues a partir de ahora debido a una nueva política criminal, existe una aplicación más severa, de ahí, que el juzgador disponga de dos vías de actuación, la multa coercitiva y la ejecución forzosa. Respecto de la multa coercitiva se puede imponer una sanción entre 7,62 € a 762 € por cada día de retraso. Pero si la demolición se retrasa más de un año se pondrá en su límite máximo, y lo contrario sucederá cuando el Juez aprecie que el retraso es debido a la ajena voluntad del infractor. Los beneficios obtenidos de las multas coercitivas tienen como destinatario la comunidad del territorio donde se ha cometido la infracción o el delito en materia urbanística.

En Francia algunas infracciones urbanísticas también tutelan el medio ambiente, ya que la utilización de leyes especiales con normas administrativas y preceptos penales, revela la existencia de varios

cuerpos de normativas aplicables a los diferentes elementos ambientales, como puede ser el urbanismo, el mar, y la naturaleza.

Otro de los datos a tener en cuenta en el *Code de l'Urbanisme*, es que las infracciones penales que se contienen, se remiten a normativas que cumplen las funciones propias de las leyes penales en blanco, pues las infracciones se remiten a otros preceptos, que en algunas ocasiones lo hacen al mismo cuerpo legislativo, aunque también pueden remitirse a leyes penales sectoriales.

La doctrina es muy crítica con estas remisiones, que las denomina tipos vagos e imprecisos, porque no llega a concretar el injusto de la infracción, existiendo casos que no tienen señalada pena, debiendo ser completados por otras disposiciones administrativas. Sobre este extremo se pronuncia DE LA CUESTA ARZAMENDI<sup>32</sup>, cuando afirma que el uso de la remisión en blanco a otras normas legales o reglamentarias, es en la legislación francesa algo insatisfactorio, hecha la opción por este sistema de tipificación a través de leyes sectoriales, que en consecuencia plantea el problema para el juez penal de interpretar leyes, reglamentos, y sobre todo actos de naturaleza jurídico-administrativa que, de parecer potencialmente viciado, deberá controlar su legalidad.

Además las múltiples sanciones estaban distribuidas en una multitud de normas que integraban un mosaico farragoso, disperso, mediocre y confuso para el ciudadano medio, y era una fuente de

---

<sup>32</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, “*La protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente (Tit. XIII, L, II, PANCP 1983)*”, Documentación jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal. Vol II, VVAA. Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, pág. 876 y ss.

agravios comparativos<sup>33</sup>, que provocaba una cierta inseguridad jurídica por la existencia de múltiples superposiciones entre unos y otros<sup>34</sup>.

Pero todo ha cambiado a partir de la aprobación en el año 2000 de la Ley del medio ambiente, al recoger esta normativa toda la política ambiental francesa, incluida la penal, regulándose las cuestiones de las autoridades competentes, la investigación policial, los requisitos para obtener autorización administrativa, en definitiva se ha puesto fin a la dispersión normativa y la inseguridad jurídica con respecto a la regulación anterior<sup>35</sup>.

Los sujetos activos de los delitos urbanísticos están regulados en el art. L.480-4, del *Code de l'Urbanisme*, donde se contiene que podrán ser responsables los propios beneficiarios de las obras, los arquitectos, los emprendedores. Aunque el Código de Urbanismo no lo enumera, también serán sujetos activos de los ilícitos penales, el propietario-arrendador que da consentimiento a la ejecución de las obras ilegales, el arrendatario oportunista que se aprovecha de la ilegalidad que ha realizado su predecesor, así como el comprador que termina los trabajos ilícitamente sin concluir.

Al igual que sucede en nuestro país, a partir de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, en el *Code de l'Urbanisme* de 1994, se

---

<sup>33</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “*El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa*”, Editorial Trotta; Madrid, 1992, pág. 80.

<sup>34</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pág.54. y DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, “*La protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente (Tit. XIII, L, II, PANCP 1983*” op. cit., pág. 924.

<sup>35</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit. 54.

atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas, concretamente esta responsabilidad está incardinada en el art. 121-2, cuando contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas tanto de Derecho Público como de Derecho Privado, pero sin excluir a las personas físicas que aparezcan como autores o cómplices de los mismos ilícitos penales.

### **3. El modelo de Alemania**

Desde el periodo de 1960 hasta principios de los años ochenta, en el país germano existían aproximadamente 600 leyes y reglamentos que regulaban la materia del medio ambiente, aunque las mismas no resolvían los problemas derivados de la criminalidad ecológica, a pesar de que estas normativas contenían en algunas de ellas sanciones penales.

El Código Penal alemán (StGB) regulaba las actividades contaminantes en su Título XXVIII, castigando con la pena de prisión o multa los actos de contaminación de los recursos naturales, como puede ser el agua, el aire o la contaminación acústica; los daños a los espacios naturales de especial protección; la eliminación de residuos; la puesta en funcionamiento sin autorización de instalaciones o la manipulación de combustible nuclear; la contaminación de las aguas.

El Código Penal alemán sufrió una reforma por Ley de 28 de marzo de 1980, que incluyó el Título XVIII, relativo a los delitos contra el medio ambiente. Esta reforma recibió fuerte crítica por parte de la doctrina, debido principalmente a la confusión que encerraba la forma de describir las conductas típicas, con constante referencia a criterios

valorativos que rozaban en su límite mínimo con la seguridad jurídica, las penas previstas, se reducían a las tradicionales de multa y de privación de libertad; las constantes referencia a las violaciones de deberes jurídicos administrativos sin especificar su contenido.

Además, no se contenía en el StGB alemán mención alguna a la criminalidad de los actos punibles cometido por servidores públicos que tenían la potestad de autorización, tampoco se incriminaba a los funcionarios que omitían el deber del control de los ilícitos medioambientales, además no se incluía referencia alguna a la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>36</sup>.

Esta doctrina también solicitaba que se ampliara el Capítulo, con el objeto de que se incluyera como conducta típica el transportes y explotación de materiales potencialmente peligrosos y se protegiera el propio suelo.

Todas estas críticas tuvieron como consecuencia que el legislador germano reformara con fecha 1 de noviembre de 1994, el Código Penal, con el objeto de resolver los problemas de la anterior legislación. Con la reforma se efectuaron grandes mejoras sobre la protección del suelo, concretamente el parágrafo 324.a), prevé castigo para los que contaminen el suelo, pero de una forma que los residuos que se depositen, que se filtren o se liberen sean idóneos para lesionar la salud ajena, animales o plantas, además se protege penalmente las funciones del suelo pero de un modo ecológico.

---

<sup>36</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, “ *La ley alemana de reforma del Código Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente*”, Revista Vasca de Administración Pública, Herri-Ardulararitzako Euskal Aldizkaria, núm. 4, pág. 659.



También en esta reforma se ha modificado el párrafo 329, que determina que ahora se protege además a las zonas necesitadas de protección, a los espacios naturales protegidos y parques nacionales; se penalizan las excavaciones o amontonamientos, captaciones de agua, desecaciones y talas de árboles, la protección de determinadas especies de animales y vegetales; así como la edificación en zonas especialmente protegidas, con pena de privación de libertad de hasta cinco años o con multa. Queda fuera del tipo delictivo la escasa entidad del daño.

De todo lo anterior se puede colegir que en la legislación alemana no existe protección penal de los delitos urbanísticos<sup>37</sup>, lo único que podemos encontrar es la tipificación de actos ilícitos sobre violación de las normas generales de seguridad en la construcción, como puede ser, el párrafo 323 que regula la pena de prisión de hasta 5 años o multa a *“a quien en la planificación, dirección o conducción de una construcción o un derribo lesione las reglas generales conocidas de la técnicas y de ese modo ponga en peligro la integridad o la vida de otros. Del mismo modo será castigado quien en contra de las reglas conocidas de las técnica, lesione la integridad o la vida de otros, en la práctica de una profesión u oficio, en la planificación, dirección o conducción de un plan, instalaciones técnicas en una construcción o modifique en ese modo las ya existente”*.

Asimismo el párrafo 305, también castiga con la pena de prisión de hasta 5 años o multa *“al que de forma ilícita destroce total o*

---

<sup>37</sup> CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido, *“Protección penal del medio ambiente, Cuestiones generales”*, en Poder Judicial, 1988, núm. Especial IV, pág. 81.

*parcialmente un edificio, un barco, un puente, un terraplén, una calle construida, un tranvía u otra construcción, de propiedad ajena”.*

Como se ha comentado con anterioridad, el derecho alemán no protege directamente a la ordenación del territorio, ni el Código Penal (StGB), ni las leyes especiales (spezielle Gesetze), solamente se protege indirectamente las agresiones urbanísticas, pero cuando ésta sufren atentados contra el medio ambiente. El motivo por el cual no se reconoce el urbanismo o la ordenación del territorio como objeto formal de tutela penal se debe a que gozan de una extensa tutela en el ámbito administrativo, pues, solamente se otorga relevancia penal al suelo como elemento natural integrante del medio ambiente.

Sólo el derecho administrativo alemán ofrece una tutela de intereses atinente al urbanismo o a la ordenación del territorio, dado que la protección de estos bienes está encomendada al Derecho Administrativo, que concurren las normas administrativas de carácter preventivo y sancionador previstas en la legislación del Estado y de los Länder, pues a la vulneración del territorio les son aplicable las infracciones urbanísticas de la Ley Federal de la construcción (Bundesbaugesetz) y las normas de la construcción de los Länder (Landesbauordnung).

Para la doctrina alemana resulta innecesaria la colaboración de la Justicia Penal en materia urbanística, de manera, que no existe ningún delito calificable de urbanístico porque, la disciplina en tal ámbito

administrativo está satisfactoriamente asumida y gestionada por los Ayuntamientos y la administración de los Länder<sup>38</sup>.

Por otra parte el Título XXVI del StGB sobre los daños a cosas (Sachbeschädigung), protege penalmente a determinados espacios protegidos naturales y edificios, como sucede en el parágrafo 304.1, que regula el delito de daño de cosas con perjuicio de la comunidad (Gemeinschädliche Sachbeschädigung), y que castiga con la pena de prisión de hasta 3 años o con multa, el daño a la destrucción de monumentos públicos, bellezas naturales, objetos colocados en un lugar público, y objetos de utilidad pública o que sirvan para el embellecimiento de vías públicas, plazas o jardines, etc.

#### **4. El modelo italiano**

En el modelo italiano al igual que sucede con el francés, la protección penal del medio ambiente tiene dispersas normas sancionadoras en leyes sectoriales<sup>39</sup>. Esta dispersión tiene como causa la constante integración de los tipos penales con la norma del Derecho Administrativo en la forma de leyes penales en blanco.

Para PEDRAZZI,<sup>40</sup> además de dispersa, la legislación italiana en esta materia es muy reiterativa. Todas las normas penales que protegen el

---

<sup>38</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319: Aspectos comunes de las infracciones urbanísticas de carácter penal”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, op.cit. pág. 87.

<sup>39</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “La protección penal del ambiente frente a las agresiones urbanísticas en la legislación italiana”, en CPC, 1996/60.

<sup>40</sup> Pedrazzi, C, Profili penalistici a tutela dell’ambiente, en L’indice Penale, 1991/3.

medio ambiente reciben la forma de contravenciones, en la que no existe un bien jurídico protegido único, sino configurado de forma graduable.

La doctrina italiana viene solicitando que el bien jurídico protegido sea reconocido constitucionalmente, pues ese bien está limitado intrínsecamente a las relaciones con otros bienes jurídicos de la que toma su esencia.

De todos los modelos del derecho comparado, el que más ha influido en la legislación penal española ha sido el italiano, partiendo del concepto amplio del medio ambiente, ofreciendo una fuerte protección penal a las violaciones urbanísticas.

En el derecho italiano a pesar de las agresiones urbanísticas en forma de delitos urbanísticos (*reati urbanista ed edilizi*), el legislador penal lo ha incluido en la legislación urbanística administrativa. A diferencia de nuestro país, en Italia, los delitos urbanísticos se contienen en leyes sectoriales, protegiéndose solamente los ataques urbanísticos en el art. 734. Este precepto punitivo no tiene como función primordial la protección, sino la tutela de proteger el interés de la comunidad en el sentido del disfrute de las bellezas naturales de algunos espacios protegidos, resultando el ilícito penal no el urbanismo en si considerado, sino más bien el hecho de procurar evitar la destrucción o degradación de las bellezas naturales.

En Italia se protegen los delitos urbanísticos a través de leyes sectoriales, como puede ser la *Legge Condono* o Ley de 28 de febrero de 1985, núm. 47, en su art. 20 a), b) y c) y la Ley 431/1985, en materia de

disposiciones urgentes para la tutela de “*las zonas de particular interés ambiental*”.

La conducta típica del art. 734 del Código Penal consiste en la destrucción o alteración de las bellezas naturales de los lugares sujetos a especial protección mediante construcción, demolición o, cualquier otro procedimiento suficiente idóneo.

Con la promulgación del Decreto Legislativo de 22 de enero de 2004, núm. 42, se aprueba el *Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi del artículo 10 della legge 6 luglio de 2002*, cuyo artículo 181 dispone que “*quién, sin autorización o en deformidad con ella, ejecuten trabajo de cualquier clase sobre bienes paisajísticos, será castigado con la pena prevista en el art. 20 de la ley de 28 de febrero de 1985, núm. 47.*”

La doctrina italiana ve la necesidad de proteger también penalmente las construcciones ilegales que violan el patrimonio histórico cultural, por ello todos los estudios de la doctrina italiana sobre el medio ambiente dedican un capítulo a la protección del patrimonio cultural. De ahí, que el Código Penal italiano regule en su art. 733, bajo el rótulo “*daño al patrimonio arqueológico, histórico o artístico cultural*”. Siendo la conducta típica de este precepto destruir, deteriorar, o de cualquier otra forma dañar unos monumentos o cualquier otra cosa propia de relevante valor cultural. Este bien jurídico además de protegerse penalmente, también la propia Administración tiene el deber de conservar el patrimonio cultural de la República, representado por las cosas que revisten un interés arqueológico, histórico y artístico.

Para que se pueda hablar de conducta típica y sea subsumible dentro del art. 733 del CP, se debe dar el requisito objetivo de que el daño se efectúe al patrimonio arqueológico, histórico o artístico nacional, pues de lo contrario, no estaría incardinado dentro del tipo delictivo, por ejemplo la conducta de deslucir o destrozar la cosa si no se ha producido daño al patrimonio cultural. Para NUVOLONE<sup>41</sup>, no sería punible el destino de la cosa a unos usos no convenientes o peligrosos para su conservación o integridad, sin producción de daño, aunque se tipificaría como infracción castigada por ley especial.

La doctrina italiana es coincidente cuando se dice que *el art. 10 del Codice dei Beni culturale e del paesaggio, viene a completar el tipo penal*, pues en este precepto se contienen las cosas que pertenecen al patrimonio arqueológico, histórico o artístico.

Actualmente en Italia, la normativa que regula el control de la actividad urbanístico-edilizia, sanciones, recuperación y sanatoria de las obras abusivas, es la ley núm. 47 de 28 de febrero de 1985.

Para BERTONI,<sup>42</sup> la protección penal de la ordenación del territorio es excesiva, dado que la presencia del Derecho Penal no tiene ningún sentido ya que la protección desde el Derecho Administrativo es suficiente, considerando que la ley núm. 47 es idónea para excluir del ámbito de intervención penal los delitos meramente formales, que a partir de este momento pasaron a ser sancionados por el Derecho

---

<sup>41</sup> Nuvolone, P., Tratado di Diritto penale italiano.

<sup>42</sup> BERTONI, R., “*La repressione penale degli abusi edilizi*”, Rivista Giuridica dell’edilizia, 1971/II, pág. 213. Vid. PAGANO, F., “*Le sanzioni urbanistico-edilizie*”, ed. Ricola, Milán, 1992, pág. 191.

Administrativo con reserva al derecho penal de la infracciones materiales.

En Italia, el hecho de que su texto constitucional no contengan un reconocimiento expreso del derecho al medio ambiente como bien jurídico protegido, ha contribuido a que se sostenga una visión amplia en la tutela del entorno natural, manteniéndose estrechas relaciones entre la protección medioambiental, la protección del patrimonio histórico artístico y la propia regulación de la ordenación del territorio<sup>43</sup>.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 431/1985 de 8 de agosto en *materia de disposiciones urgentes para la tutela de las zonas de particular interés ambiental*, el tipo penal protector del medio ambiente estaba regulado en art. 734 del Código Penal italiano, al referirse a la tutela del paisaje que a partir de la aprobación de la Ley 431/1985, ésta sería considerada como ley especial frente al precepto del art. 734.

Como se ha tenido ocasión de comentar con anterioridad el concepto de medio ambiente en Italia presenta vinculaciones con la protección del patrimonio histórico-artístico, de ahí que surja por la doctrina un concepto cultural de ambiente en torno a las construcciones ilegales que atenten contra el patrimonio cultural.

Existe también una estrecha conexión entre el concepto de medio ambiente y la protección de la ordenación del territorio, pudiéndose distinguir un doble bien jurídico protegido, uno inmediato, que distingue el interés de la administración en el que la ordenación del territorio se

---

<sup>43</sup> Decreto del Presidente de la República italiana de 6 de junio de 2001, número 380, texto único de las disposiciones legislativas y reglamentarias en materia urbanísticas, modificado por el Decreto legislativo de 27 de diciembre de 2002, número 301.

lleve acorde con la normativa urbanística y el otro mediato, protegido que sería el territorio como recurso natural integrante del más genérico concepto de medio ambiente, ya que a través de las construcciones ilegales se afecta a la conformación del país, tanto desde el punto de vista estético, como cultural<sup>44</sup>.

#### **IV. EVOLUCIÓN HISTORICA DE LA PROTECCION DEL SUELO**

##### **1. Introducción**

El Derecho Urbanístico es una rama del Derecho Administrativo que lo forman un conjunto de normas jurídicas que tienen como función regular el urbanismo, la ordenación del territorio y el uso del suelo, con el objetivo de fijar las facultades y obligaciones del propietario del suelo.

La disciplina del urbanismo tiene su origen en las confrontaciones que surgen entre la realidad urbana y la social del capitalismo industrial, así como la ordenación y estructuración del espacio urbano, entendido ese espacio como valor económico.

El origen del urbanismo moderno nace desde el urbanismo sanitario del siglo XIX, con la función de proteger a las personas de las enfermedades y prestar los servicios a la población urbana de agua potable, saneamiento, ventilación de vivienda y la regulación de la alineación de las calles.

---

<sup>44</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos urbanísticos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”. op. cit., pág. 64 y ss.



En el siglo XIX se pueden destacar en nuestro país tres técnicas que posibilitan el desarrollo urbanístico:

- a) El ensanche que tenía la función de la apertura de cercas y murallas.
- b) La reforma interior encaminada a la demolición de barrios antiguos de las ciudades con el objetivo de su sustitución por nuevos viales y la construcción de edificaciones de mejores calidades.
- c) La zonificación que tiene como función la de atribuir determinados usos a áreas concretas de la ciudad.

El objetivo de la utilización de la técnica de la zonificación no es otra que la separación de los usos industriales de los residenciales.

No fue hasta que se reglamentó la técnica de zonificación en España, cuando los propietarios de los terrenos tuvieron limitadas las facultades del *ius aedificandi*.

El urbanismo decimonónico de nuestro país se convirtió en una técnica para distribuir los espacios públicos y privados, así como los usos que en ellos se podían desarrollar. Pero era lógico que estas técnicas debían de plasmarse en normas jurídicas para poder ser impuestas a los ciudadanos de un determinado lugar, propiciándose con ello la aparición del urbanismo, que se compone con normas jurídicas y figuras de planeamiento con el fin de regular el derecho de propiedad y la disciplina urbanística. Pero para poder identificar correctamente los derechos y obligaciones dominicales, era preciso contar con un plan de urbanismo

cuyo objetivo era poder disciplinar la actividad urbanizadora y la edificatoria del suelo.

Con anterioridad a la aparición de los planes urbanísticos la regulación del urbanismo en nuestro país del siglo XIX se realizaba con las técnicas de ensanche y de reforma interior. Los planes urbanísticos fueron ampliando sus funciones y su disciplina, primero con alineaciones y ensanches de vías públicas y posteriormente introduciendo la técnica de zonificación, medida de disciplina urbanística, zonas verdes, protección del suelo rural, etc.

El plan ha ido evolucionando en nuestro país hasta convertirse en un instrumento imprescindible de la actividad urbanística y dentro de la disciplina urbanística en una herramienta fundamental de la que no se puede prescindir en el momento de querer intervenir en el desarrollo urbano. La función primordial de la planificación es que se trate de una actividad de poder público que ordene el territorio, que establezca las previsiones sobre emplazamientos de los centros de producción, zonas residenciales, la regulación de la ordenación y la forma de utilización del suelo urbano y rural.

## **2. La evolución legislativa del suelo en España**

Como precedente de las leyes del suelo que se han promulgados en España se puede destacar las normativas de la construcción de las ciudades importantes y las Ordenanzas municipales. Ejemplo de ellas pueden ser las que se dictaron en Madrid, concretamente las Ordenanzas

recopiladas por Torrijas en el año 1661 y Ardemans en 1791, las recomendaciones sobre Policías Urbanas de las Ordenanzas de Intendentes y Corregidores de 1749 y la Novísima Recopilación, que regulaba la edificación de solares yermos y empedrado de calles.

En el siglo XIX se pueden destacar las Ordenanzas Municipales de Policía Urbana y Rural de Madrid publicadas en el año 1847. En Barcelona las previsiones de espacios reservados a instalaciones industriales en el año 1856.

En la dictadura de Primo de Rivera se promulgaron las Instrucciones Técnicas-Sanitarias para los pequeños Municipios de 1923; el Estatuto Municipal de 1924, el Reglamento de Obras, Servicios y Bienes Municipales de 14 de julio de 1924; Reglamento y Nomenclátor de los Establecimientos Incómodos, Insalubres y Peligrosos, Real Orden de 17 de noviembre de 1925.

El Estatuto Municipal tenía como función la configuración de la actividad urbanística como cometido ordinario de los Ayuntamientos y la obligación de redacción del planeamiento de ensanches que ordenaran el extrarradio y la superficie entre el casco urbano y sus ensanches y el límite del término municipal.

La primera ley que protegía el suelo en España fue la del 12 de mayo de 1956. Esta ley limitaba el derecho a edificar de los propietarios, regulando el uso del suelo de conformidad a la función social de la propiedad, definía las facultades dominicales del suelo en función de su clasificación urbanística, fijaba el estatuto jurídico del suelo con

imposición de los deberes al contenido normal de la propiedad en consideración a la naturaleza de los terrenos.

Con la Ley del Suelo de 1956, el urbanismo se convierte en una competencia exclusiva de la Administración, prohibiendo cualquier urbanización o construcción sin la previa previsión planificadora o autorización; asimismo contemplaba que la plusvalía que generaba cualquier renta urbanística pasaba a manos de la propia Administración, y a través de Plan General de Ordenación Urbana, clasificaba el Suelo en urbano, de reserva urbana y rústico.

La Ley del Suelo y Ordenación Urbana fue reformada por la Ley 19/1975, que más tarde, y a través del Real Decreto 1346/1976, se convirtió en Texto Refundido de las dos leyes. Como desarrollo del Texto Refundido se dictaron tres reglamentos; el Reglamento de Planeamiento por Real Decreto 2159/1978; el Reglamento de Gestión Urbanística por Real Decreto 3288/1978; y el Reglamento de Disciplina Urbanísticas por el Real Decreto 2159/1978.

Lo más importante de la reforma operada por la Ley del Suelo de 1975 fue la eliminación del aprovechamiento mínimo de suelo no urbanizable; así como el aumento de los deberes de los propietarios del suelo urbano y urbanizable para urbanizar y edificar. Se amplió la cesión de suelo para fines públicos; la cesión del 10% de aprovechamiento medio en suelo clasificado como urbanizable.

En 1990 es aprobada la Ley 8/1990 de 25 de julio de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, para convertirse en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992. Esta normativa limita las

facultades dominicales de los propietarios y aumenta la de la Administración; condiciona los derechos de los propietarios al cumplimiento de la imposición de deberes; la Administración tiene potestad para imponer plazos para el ejercicio de derechos bajo sanción de pérdida o reducción de los mismos; en suelo urbanizable programado la cesión obligatoria para el Ayuntamiento se fija en el 15% del aprovechamiento tipo.

Mediante sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997 se deroga casi toda la Ley del Suelo de 1992, al invadir competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas sobre la ordenación del territorio, y tan solo se reconoció al Estado la competencia sobre los derechos y deberes básicos.

Debido al vacío legal que dejó la STC 61/1997 en materia urbanística, el Gobierno de Aznar en 1998, aprobó la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones (Ley 6/1998, de 13 de abril). Esta normativa redujo los derechos y deberes básicos, así como el estatuto básico jurídico del suelo.

Igual que le ocurrió a la Ley del Suelo de 1992, que fue derogada casi en su totalidad por la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, la Ley del Suelo 6/1998, también fue derogada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001 al invadir también por parte del Estado competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas.

Con fecha 10 de mayo de 2007 se aprueba la Ley del Suelo 8/2007, que entra en vigor el 1 de julio de 2007. Esta ley sustituye a la Ley 6/1998, de 13 de abril, teniendo como novedad que no clasifica el suelo,

sino que considera dos situaciones básicas, el rural y el urbanizado. Otras de las novedades de esta ley es que protege a los propietarios frente a los promotores y reserva el 30% del suelo residencial de las nuevas unidades de actuación para viviendas sujetas a un régimen de protección pública.

Mediante Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, que se publica en el Boletín Oficial del Estado el día 26 de junio de 2006.

## **V. PROTECCIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN LA UNIÓN EUROPEA**

El inicio del surgimiento de las competencias a favor del Derecho de la Comunidad Europea se produce a partir del Tratado de la misma. Pero fue a partir de la aprobación de la Decisión Marco 2003/80/JAI, de 27 de enero de 2003, cuando se toma carta de naturaleza de incriminar penalmente los atentados al medio ambiente. Concretamente en su art. 2, se contenía el castigo que los Estados miembros debían de imponer a los autores de vertidos, tratamientos de residuos, tratamiento de material nuclear, sustancias que dañen la capa de ozono, o el daño a las especies protegidas de la fauna y la flora silvestre. En este precepto también se definían las penas a imponer a los autores de las infracciones, que para los casos más graves podían llevar aparejada la privación de libertad, que dependiendo de la duración podría el infractor extraditarse. Además de estas penas se contemplaba, que a los autores de estas conductas punibles, se le podía prohibir desempeñar una actividad que precisara la autorización o aprobación oficial o, fundar, dirigir una empresa o

fundación, cuando en los hechos que originen la condena se aprecie un riesgo evidente de que esa persona pueda volver a cometer el mismo tipo de actividad delictiva<sup>45</sup>.

Mediante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 13 de septiembre de 2005 se anulaba la Decisión Marco 2003/80/JAI, de 27 de enero de 2003, considerándose la falta de idoneidad de este pronunciamiento judicial para imponer a los Estados miembros las políticas criminales que estos debían de llevar relativo a la protección del medio ambiente. El TJCE declaró que esta materia no era de competencia del Tratado de la Unión Europea, sino del Tratado de la Comunidad Europea<sup>46</sup>.

Como consecuencia de la promulgación de la Decisión Marco el legislador español, mediante reforma operada por LO 15/2003, modificó el Código Penal con el objeto de adaptación a las exigencias de Europa. Parece ser que la anulación de la Decisión Marco no afectó mucho a nuestro país, dado que nuestra norma punitiva era la que mejor protegía el medio ambiente antes de la entrada en vigor de la Decisión Marco 2003/80/JAI.

Después del vacío legal derivado de la anulación de la Decisión Marco, fue aprobada la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, donde toma conciencia del

---

<sup>45</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit., pág. 36.

<sup>46</sup>GARCIA NOGUERA, Isabel, “La STJCE de 13 de septiembre de 2005 ¿una puerta abierta para la competencia penal de las Comunidades Europea?” en Posibles repercusiones para el tratamiento de la delincuencia relacionada con las tecnologías de la comunicación y la información, Revista de Derecho y Proceso Penal, 2007, (17): 181-193- 39 ref.

carácter transfronterizo de los delitos medioambientales y la gravedad de los atentados al bien jurídico, así como de la necesidad de su incriminación penal mediante sanciones diferentes a las administrativas.

Según el art. 1, el objeto de la Directiva es el establecimiento de medidas relacionadas con el Derecho Penal para proteger con mayor eficacia el medio ambiente dentro de la Comunidad Europea. En el art. 3 se contienen las conductas que pueden ser constitutivas de delitos: *“Los Estados miembros se asegurarán que sean constitutivas de delitos, cuando sean ilícitas y se cometan dolosamente o, al menos, por imprudencia”*.

También en esta Directiva se contempla la responsabilidad y sanciones de las personas jurídicas, cuando los delitos que se han mencionado con anterioridad se cometan en beneficio de cualquier persona a título individual, o como parte de un órgano de la persona jurídica, que tenga una posición directiva que esté basada en un poder de representación, una autoridad para tomar decisiones, o una autoridad para ejercer control dentro de la persona jurídica.

En el art. 6 se contiene la responsabilidad de las personas jurídicas cuando se cometan los delitos de los artículos 3 y 4 por omisión a consecuencia de la ausencia de supervisión o control por parte de una persona que forme parte de un órgano, sea autoridad, o tenga poder de representación en la sociedad jurídica.

Esta responsabilidad no excluirá la adopción de medidas penales contra las personas jurídicas que sean autoras, incitadoras o cómplices de estos delitos.



En referencia a las sanciones a imponer a las personas jurídicas la Directiva a través de su art. 7 exige que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas consideradas responsables sean castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Para el cumplimiento de esta Directiva mediante su transposición, todos los Estados debían de poner en vigor las disposiciones legales reglamentarias y administrativas necesarias establecidas antes del 26 de diciembre de 2010.

Como se ha comentado a lo largo de este trabajo España es uno de los países miembros de la Unión Europea que más protección dispensa al bien jurídico del suelo a través de su legislación de urbanismo, pero a pesar de esto, la Unión ha advertido al Estado español de la necesidad de una intervención legal y una política criminal, con el objeto de poder terminar con la situación que están padeciendo los ciudadanos españoles y los europeos residentes en la utilización racional del territorio.

Estas advertencias se han producido mediante Resolución del Parlamento Europeo de 21 de junio de 2007 y del Informe de la misma institución de 20 de febrero de 2009. En el primero de estos pronunciamientos se contiene que *“la vulneración de los legítimos derechos de los ciudadanos europeos a sus propiedades, así como se expresa la inquietud del desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente y el suministro y calidad de las aguas; así como a los procedimientos de contratación pública, por lo general en relación con las deficiencias en el control de los procesos de urbanización por parte de las autoridades locales y regionales; práctica de corrupción*

*relacionadas con macroproyectos de urbanización que han conducido a la detención y condena de funcionarios públicos y políticos elegidos en las administraciones públicas”.*

Como consecuencia de estas prácticas e ilícitos penales la Unión Europea a través de esta Resolución entiende que la obligación de ceder propiedades privadas adquiridas sin seguir el procedimiento debido y sin ofrecer compensación adecuada, vinculada a la obligación de sufragar costes arbitrarios para el desarrollo de infraestructuras no solicitadas y a menudo innecesarias, constituye una vulneración de los derechos fundamentales de las personas de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Además de lo anterior, la Resolución expresa su más enérgica condena y oposición a los macroproyectos de urbanización emprendido por empresas constructoras y promotores inmobiliarios, proyectos que no responden en absoluto a las necesidades de las ciudades y los pueblos afectados, son insostenibles en el plano ambiental y tienen un impacto desastroso en la identidad histórica y cultural de las zonas afectadas.

La propia Resolución condena también la aprobación tácita por algunos ayuntamientos de planes urbanísticos que más tarde son declarados ilegales, lo que lleva al derribo o a la amenaza de derribo de bienes inmobiliarios adquiridos de buena fe por ciudadanos europeos a través de promotores y agentes de la propiedad.

En la misma línea de protección del suelo se sitúa el segundo de los pronunciamientos formulado por el Parlamento Europeo a través del Informe de 20 de febrero de 2009 sobre el impacto de la urbanización extensiva en España, en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación de la legislación de la Unión Europea, con fundamento en determinadas peticiones recibidas.

En este Informe, a pesar de que el Parlamento Europeo reconoce que las autoridades de España han empezado a reaccionar ante el reto que supone la urbanización excesiva en muchas zonas costeras, en particular mediante la investigación y la imputación de cargos contra funcionarios locales corruptos, quienes por sus acciones, han facilitado desarrollos urbanísticos no reglamentados sin precedentes en detrimento de los derechos de los ciudadanos de la UE, que han conllevado daños irreparables para la biodiversidad y la integridad medioambiental de muchas regiones de España. Además considera el Parlamento Europeo que en respuesta a estas acusaciones, los procedimientos incoados siguen siendo de una lentitud desmedida y que las sentencias dictadas, en muchos de los casos, no pueden ejecutarse de forma que compense a las víctimas de tales abusos, y que ello ha reforzado la impresión compartida por muchos ciudadanos de la UE de nacionalidad española, acerca de la falta de actuación y parcialidad de la justicia española.

Para el Parlamento Europeo, muchas de esas urbanizaciones se encuentran lejos de zonas urbanas consolidadas y exigieron unos gastos notables en servicios básicos como electricidad, agua e infraestructuras viarias, y que las inversiones realizadas suelen beneficiarse de financiación comunitaria, y que muchos miles de ciudadanos europeos,

han adquirido propiedades en España de buena fe, actuando conjuntamente con abogados locales, urbanistas y arquitectos, sólo para descubrir más adelante que han sido víctimas de abusos urbanísticos cometidos por autoridades locales poco escrupulosas y que, en consecuencia, sus propiedades se enfrentan a la demolición porque se ha descubierto que han sido edificadas ilegalmente y, por tanto, carecen de valor y no pueden venderse.

En el Informe se incluye que estas urbanizaciones tienen consecuencias negativas también sobre el sector turístico, ya que se trata de un modelo devastador para el turismo de calidad, puesto que destruye los valores del territorio y fomenta la expansión urbana excesiva, así como que se trata de un modelo expoliador de los bienes culturales que destruye valores y señas de identidad fundamentales de la diversidad cultural española, destruyendo yacimientos arqueológicos, edificios y lugares de interés cultural, así como su entorno cultural paisajístico.

Como consecuencia de todos estos abusos, el Parlamento Europeo pide al Gobierno de España y a las Comunidades Autónomas que lleven a cabo una profunda revisión de toda la legislación que afecta a los derechos de los propietarios particulares de bienes como resultado de una urbanización masiva; y que además se deroguen todas las figuras legales que favorezcan la especulación, suspendan y revisen todos los planes urbanísticos nuevos que no respetan los criterios rigurosos de sostenibilidad medioambiental y responsabilidad social, y que no garanticen el respeto por la propiedad legítima de los bienes adquiridos legalmente, y que detengan y anulen todos los desarrollos urbanísticos en curso que no han respetado o aplicado los criterios establecidos por el

Derecho comunitario, principalmente por lo que se refiere a la adjudicación de contratos urbanísticos y al cumplimiento de las disposiciones en materia de agua y medio ambiente.

Dentro de la protección de la UE al medio ambiente, y por consiguiente la protección al bien jurídico protegido del suelo, cabe significar la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa, el cual ha posibilitado la persecución de un desarrollo sostenible. Concretamente en el art. 3, se hace mención al objetivo de lograr un desarrollo sostenible de Europa, así como procurar un nivel elevado de protección y la mejora de la calidad del medio ambiente.

El Tratado de Lisboa establece que el medio ambiente es competencia compartida con los Estados miembros, teniendo la UE competencias exclusivas sobre la conservación de los recursos biológicos marinos; así mismo, también se recoge que todas las políticas y acciones europeas deben de contener las exigencias de protección de medio ambiente. El Tratado en su Título XX fija entre sus objetivos en la protección de la salud de las personas, los principios de cautela y acción preventivas, así como la corrección de los atentados al medio ambiente.

Aunque el desarrollo sostenible ya estaba presente en los tratados anteriores, el Tratado de Lisboa hace más fuerte ese objetivo, señalando que el desarrollo sostenible es uno de los objetivos fundamentales de la UE en sus relaciones con el resto del mundo.

## CAPÍTULO II

### NATURALEZA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

#### I. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

##### 1. Introducción

Los bienes jurídicos no son tales porque el legislador los haya catalogado abstractamente en una norma jurídica, sino porque representan presupuestos indispensables para la vida en común. También los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo. La protección de bienes jurídicos no implica que siempre se deban tutelar a través del recurso de la pena criminal, dado que una cosa son los bienes jurídicamente protegidos y otra cosa son los bienes jurídicos penalmente protegidos<sup>47</sup>, éstos último siempre tienen un marco jurídico de tutela más reducido que pasa principalmente por una decisión política criminal.

La intervención del Estado en el Derecho Penal encuentra su legitimación cuando se salvaguardan intereses que reúnan los requisitos de generalidad, bienes que interesen a la mayoría de la sociedad, y que la intervención penal sólo se justifica para tutelar bienes esenciales para el hombre y la sociedad<sup>48</sup>. La doctrina penal discrepa sobre la necesidad de

---

<sup>47</sup> Vid. MIR PUIG, Santiago; *“Derecho Penal”*, Parte General, Editorial, Reppertor, Barcelona, 1996, Pág. 91.

<sup>48</sup> Vid. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Consideraciones sobre el bien juridico tutelado en los delitos ambientales*, Revista Electrónica de Derecho Ambiental, Revista Electrónica de Derecho Ambiental, núm. 11, diciembre de 2004, pág. 39.

proceder a la intervención penalógica para castigar las conductas atentatorias sobre la ordenación del territorio, pues la incriminación penal de meros ilícitos administrativos sufre la polémica doctrinal sobre la determinación del bien jurídico protegido en el art. 319 del CP, y sí se puede admitir como bien jurídico a la ordenación del territorio y ser merecedor de tutela penal, en consideración al principio de intervención mínima del Derecho Penal.

En nuestra Carta Magna la ordenación del territorio figura como un derecho incluido dentro de los principios rectores de la política social y económica, por ello se puede decir que la ordenación del territorio aunque no es un derecho fundamental, es un valor fundamental para la sociedad, convirtiéndose en un bien jurídico constitucionalmente protegido.

La Constitución española da dimensión constitucional al urbanismo cuando se refiere en los artículos 45, 46 y 47 a la ordenación del territorio, a la conservación del patrimonio artístico, histórico y cultural y al medio ambiente.

## **2. Contenido del bien jurídico protegido**

En principio, en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la propia ordenación del territorio es el bien jurídico protegido, pues la ordenación racional del territorio, el adecuado reparto y distribución del suelo, constituye en los complejos sistemas sociales en que vivimos elemento indispensable para asegurar el funcionamiento del sistema social

y posibilita la pacífica participación de los ciudadanos en el mismo de cara a la satisfacción de sus necesidades existenciales y humanas<sup>49</sup>.

Algunos autores, donde se encuentra LÓPEZ RAMÓN<sup>50</sup>, consideran que existe una estrecha relación entre el bien jurídico y la normativa reguladora del urbanismo, más que la ordenación del territorio, así como que el bien jurídico protegido es la legalidad de la ordenación del territorio. Otros autores entienden que el bien jurídico protegido es el normal cumplimiento de las normas administrativas para el uso racional del suelo<sup>51</sup>, o que el bien jurídico es el cumplimiento de la ordenación territorial legal, o reglamentariamente establecida, o en otras palabras, el interés de la Administración en el cumplimiento de las normas urbanísticas<sup>52</sup>.

Tiene declarado el Tribunal Constitucional mediante Auto 395/2004, de 19 de octubre *“que en los delitos sobre la ordenación del territorio, el interés tutelado es preservar la regulación de la utilización del suelo, y en segundo lugar, tal regulación es un mandato dirigido a los poderes públicos que aparece expresamente previsto en el art. 47 CE. Sin perjuicio de ello, además, su tipificación no aparece dirigida a penalizar cualquier vulneración de aquella regulación, sino exclusivamente aquellas*

---

<sup>49</sup>DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, *“Protección penal de la ordenación del territorio y del medio ambiente”*, Documentación jurídica del Ministerio de Justicia, Volumen 2, enero-diciembre de 1993, pág. 884.

<sup>50</sup>LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *“Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos”*, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, Núm. 151, Enero 1997, pág. 54.

<sup>51</sup>VERCHER NOGUERA, Antonio, *“La delincuencia urbanística”*, Colex Editorial Constitución y Leyes, S.A. 2002, pág.58.

<sup>52</sup>MUÑOZ CONDE, Francisco, *“Derecho Penal, Parte Especial”*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 563.



*conductas referidas a intervenciones no autorizables y sobre suelos no urbanizables”.*

Para BOLDOVA PASAMAR<sup>53</sup>, todos los bienes jurídicos presuponen una legalidad previa, que normalmente no ha creado el derecho penal, sino que procede de otros sectores del ordenamiento jurídico, como sucede por ejemplo en los delitos contra el medio ambiente, los delitos contra la propiedad intelectual, las falsedades documentales, etc., y no por eso al bien jurídico de tales delitos se le designan como el cumplimiento de la norma (civil o administrativa) que desarrolla cada uno de esos sectores. El cumplimiento de la norma sólo tiene un sentido instrumental, por ello el mero incumplimiento de la misma no puede servir de base a la incriminación de la conducta si no se examina más detenidamente a qué clase de bienes subyacentes se orientan tales normas.

Se puede hablar de bien jurídico cuando algún tipo de bien que pertenece a una persona o a la colectividad, es necesitado de protección por la violación de una conducta que haya puesto en peligro, o lesionado bienes urbanísticos, como pueden ser el suelo no urbanizable, los espacios protegidos, espacios verdes, espacios libres, zonas de especial valor cultural o histórico.

En nuestra opinión, y en la línea seguida por los pronunciamientos jurisprudenciales<sup>54</sup>, el bien jurídico protegido es la ordenación del territorio, no así la normativa administrativa, sino el valor material de ordenación territorial, en un sentido constitucional que se preocupe de la utilización racional del suelo, que proteja los intereses generales, como la

---

<sup>53</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 85.

<sup>54</sup> SAP de Cádiz de 11 de septiembre de 1998 (ARP1998/5355), y SAP de la Coruña de 7 de marzo de 2000 (ARP 2000/2260).

calidad de vida, el hábitat humano y la conservación de los recursos naturales<sup>55</sup>. El delito urbanístico tiende a proteger un bien jurídico, que antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, estaba protegido por la normativa administrativa urbanística, y ahora es protegido por la norma punitiva que tipifica acciones que perjudican gravemente la regulación del suelo, con efectos nocivos y perturbadores para la naturaleza.

La Audiencia Provincial de Cádiz en su sentencia de 11 de septiembre de 1998<sup>56</sup>, tiene declarado *“que el bien jurídico que protege el art. 319 del CP, no es la mera legislación urbanística en modo alguno, sino el medio ambiente en su aspecto referido a la ordenación del territorio y el cuidado del suelo no urbanizable por su destino especial”*, sin embargo la doctrina no es unánime, pues hay a quien considera (Martínez Arrieta) *que el bien jurídico a proteger por los tipos penales es la normativa sobre ordenación del territorio, o desde otro punto de vista (Muñoz Conde,) que el concreto y específico bien jurídico es el interés en que se cumplan las Leyes y reglamentos sobre Ordenación del Territorio; hay quienes (Casquero Subías) entienden que junto al cumplimiento de la*

---

<sup>55</sup> Para la SAP de Córdoba (Sección núm. 3ª), núm. 28/2003, de 4 de febrero, *“el bien jurídico protegido no sería la mera infracción formal de la normativa urbanística emanada de la Administración, sino la infracción de dicha normativa en cuanto efectivamente ataque a una ordenación racional del territorio, lo cual implica que, en un sentido más amplio el bien penalmente amparado es la calidad de vida y el hábitat en el que se desenvuelven los seres humanos. Esta tesis sería, a nuestro juicio, la derivada de una consideración sistemática del propio Código Penal, pues si el legislador ha optado por recoger los delitos contra el medio ambiente dentro del Título XVI del Libro II, conjuntamente con los delitos relativos a la ordenación del territorio, a la protección del patrimonio histórico y la vida silvestre, es porque las conexiones entre los bienes jurídicos protegidos de todos ellos son indudables, de modo –que tal y como estima autorizada doctrina- se trata globalmente de defender determinados bienes comunes que son necesarios y facilitan la existencia de los seres humanos en cuanto inciden en su salud y bienestar, y constituyen un patrimonio común que es necesario preservar”*.

En casi similares término se pronuncia la SAP de Alicante (Sección 7ª), núm. 321/2003, de 12 de junio, cuando declara que, *“el bien jurídico protegido no es tanto la normativa urbanística como valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de utilización racional del suelo orientada a los intereses generales”*.

<sup>56</sup>ARP1998/5355.

*normativa administrativa sobre utilización ordenada del suelo o el respeto por las normas que disciplinan su uso, se protege también el medio ambiente; hay quien va más allá (De la Vega) al estimar que aunque inicialmente el bien jurídico protegido sea el cumplimiento de las normas administrativas sobre utilización racional del suelo, en realidad se está tratando de amparar todo lo que la ecología representa en relación al suelo urbanístico. Por su parte Conde Pumpido estima que el bien jurídico que se trata de tutelar, penalmente no es la regulación administrativa de ordenación del Territorio, es decir la normativa, sino el valor ordenación del territorio, en el sentido material de utilización racional del suelo orientada a los intereses generales, entendido como un bien jurídico comunitario, de los que hoy se denominan intereses difusos pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica - en mayor o menor medida- a toda la colectividad. Sin embargo pueden diferenciarse ambos tipos, y en relación al agravado podemos decir de modo descriptivo que el bien jurídico protegido es el medio ambiente en tanto que, siendo susceptible de protección especial, así haya sido establecido normativamente.*

Este bien jurídico trae como causa de protección el mandato constitucional del art. 45, al establecer sanciones penales para los supuestos más graves de violación de la obligación de utilización racional de los recursos naturales. El espíritu del Código Penal no considera como infracción penal toda infracción administrativo-urbanística, sino que quiere castigar las violaciones o ataques más graves al suelo, espacios comunes, o bienes colectivos sometidos al interés social, que es lo que le otorga el carácter de bien jurídico digno de protección penal.

En palabras de RODRIGUEZ RAMOS<sup>57</sup>, se debe atender no a la ordenación del territorio, en cuanto a resultado de la planificación, sino a la salvaguarda de los intereses que efectivamente se solapan en su interior. Por ello vincula el bien jurídico protegido a la calidad de vida de las personas<sup>58</sup>, o más concretamente, a la calidad de hábitat, la cual depende del entorno de la posibilidad de participar en las plusvalías que genera la acción urbanística, en forma de espacio libre, instalaciones, servicios, etc.

### **3. El bien jurídico suelo desde una perspectiva natural, cultural y urbanística**

La Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (RDLTRL), proclama que *“la Constitución de 1978 establece un nuevo marco de referencia para la materia, tanto en lo dogmático como en lo organizativo. La Constitución se ocupa de la regulación de los usos del*

---

<sup>57</sup> RODRIGUEZ RAMOS, Luís, *“La protección penal del urbanismo, (Pautas para criminalizar algunas conductas)”* Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 81, pág. 39.

<sup>58</sup> La SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª), núm. 698/2001, de 29 de junio, *“entiende que el bien jurídico protegido, no es la simple normativa administrativa sobre utilización ordenada del suelo, que debe tener su protección, y tal caso sanción, por vías y ante órganos distintos a la jurisdicción penal, sino la utilización racional del suelo en un sentido más amplio, que ampara penalmente la calidad de vida y el hábitat humano, y la conservación de los recursos naturales, como ocurre en el delito ecológico que, no se tutela la normativa ambiental, sino el medio ambiente; en este tipo lo que se protege penalmente no es la disciplina urbanística, que es un valor formal o instrumental, sino el valor material de la ordenación del territorio. Esto supone que no es suficiente para incidir en el tipo, el hecho de llevar a cabo construcciones sin licencia en terreno no urbanizable, sino que es necesario que con tales construcciones, de alguna manera se incida negativamente, en la calidad de vida, pues el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuricidad material, cuando no se aprecie afectación del bien jurídico afectado, el tipo penal no puede llegar a ser un mero instrumento de reforzamiento de la autoridad administrativa, sin contenido material de antijuricidad. Por lo tanto es necesario concluir que para incidir en tal tipo, además de tratarse de una construcción sin licencia en suelo no urbanizable, es necesario acreditar que con tal conducta se afectó a los intereses generales, por incidir en la calidad de vida, o en los espacios que el Planeamiento General determine para otorgarles una especial protección, por su excepcional valor agrícola, forestal o ganadero o para mantener el equilibrio ecológico”*.

*suelo en su artículo 47, a propósito de la efectividad del derecho a la vivienda y dentro del bloque normativo ambiental formado por sus artículos 45 a 47, de donde cabe inferir que las diversas competencias concurrentes en la materia deben contribuir de manera leal a la política de utilización racional de los recursos naturales y culturales, en particular el territorio, el suelo y el patrimonio urbano y arquitectónico, que son el soporte, objeto y escenario necesario de aquéllas, al servicio de la calidad de vida. Pero además, del nuevo orden competencial instaurado por el bloque de la constitucionalidad, según ha sido interpretado por la doctrina del Tribunal Constitucional, resulta que a las Comunidades Autónomas les corresponde diseñar y desarrollar sus propias políticas en materia urbanística. Al Estado le corresponde a su vez ejercer ciertas competencias que inciden sobre la materia, pero debiendo evitar condicionarla en lo posible”.*

De lo anterior se desprende que el suelo es un recurso natural que debe ser ordenado urbanísticamente, dada la existencia de clases de suelos que están investidos de valores históricos, artísticos y culturales. En esta clasificación del suelo en natural, cultural y urbanístico, es en la que GIANNINI<sup>59</sup> tiene declarado que estos tres adjetivos no son bienes distintos, sino meras acepciones del concepto de medio ambiente, a diferencia de lo que piensa ACALE SÁNCHEZ<sup>60</sup>, que considera que esos valores son predicables del suelo, no del ambiente, cuyo contenido se ha de reducir a lo exclusivamente natural, siendo tarea harto difícil poder identificar la naturaleza de los valores del suelo, dado que existen valores

---

<sup>59</sup> GIANNINI, M.s, “Ambiente: saggio sui diversi aspetti giuridici”, Riv. Tri. Dir. Pubb, 1973, pág. 19.

<sup>60</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pág. 228.

que prevalecen sobre otros; así como la coincidencia de valores naturales y culturales.

El artículo 45 de nuestra Carta Magna viene a declarar, en referencia a los principios rectores de la política social y económica, que todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo, correspondiendo a los poderes públicos velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida, y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

Sobre la inclusión de este precepto constitucional en el art. 45 de la propia CE, un sector de la doctrina científica ha criticado su ubicación, considerando que al quedar fuera de la Sección 1ª del Capítulo rotulado como “*De los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas*”, no habrá manera de poder interponer el recurso de amparo proclamado en el art. 53.3 de la CE. La ubicación del precepto en el art. 45, no es óbice para la interposición de recurso de amparo, dado que al protegerse el medio ambiente, a la misma vez también se está protegiendo la supervivencia del ser humano. La consagración del derecho al medio ambiente, se debería de haber ubicado en el art. 15 de la CE, pues desde siempre ha estado compuesto por bienes jurídicos tradicionales como la vida y la salud<sup>61</sup>. Para otros, se justifica que el propio constituyente haya ubicado al medio

---

<sup>61</sup>Vid. SÁNCHEZ MIGALLÓN PARRA, María Victoria, “*El bien jurídico protegido en el delito ecológico*”, Cuaderno de política criminal núm. 29, 1986.

ambiente en el art. 45 CE alejado del art. 15<sup>62</sup>, porque vida y medio ambiente son dos realidades distintas.

Del propio art. 45 se puede colegir que los recursos naturales del medio ambiente son protegidos en nuestra Constitución, no tanto para evitar que sean deteriorados, sino más bien para proteger y mejorar la calidad de vida, y defender y restaurar al medio ambiente. Para un sector doctrinal<sup>63</sup> del art. 45.2 de la CE, se interpreta que los recursos naturales que se incluyen dentro del medio ambiente son sólo el aire y el agua, excluyéndose el suelo, con la justificación de que la gestión del suelo o bien reconduce a la ordenación global del territorio y a la lucha contra la erosión, con trascendencia más amplia que la propia gestión ambiental, o a la postre se conecta con los ciclos del agua y del aire, bien en cuanto a las sustancias depositadas en el suelo y que en aquéllos se transportan, bien en cuanto a eventuales alteraciones de estos ciclos al perturbarse las condiciones meteorológicas, por obra, por ejemplo, de la deforestación.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su Sentencia 102/1995, de 26 de junio, considera al referirse a los recursos naturales, que es una noción tan vieja como el hombre, dotada de una sugestiva, aparente y falsa sencillez, derivada de su misma objetividad, mientras que el supraconcepto en el cual se insertan es un recién llegado, complejo y propicio a lo subjetivo, problemático en suma. Existen dos bienes de la naturaleza, el aire o la atmósfera y el agua, cuyo carácter se ha reconocido

---

<sup>62</sup> Art. 15 de la CE, *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra”*.

<sup>63</sup> Vid. MARTIN MATEO, Ramón, *“Tratado de Derecho Ambiental”*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 84.

en la STC 227/1998, con una posición peculiar, en un primer plano. La pesca marítima, o ciertos minerales, fueron ya incluidos en este catálogo de recursos naturales, alguno como el carbón muy ligado al medio ambiente desde la misma actividad de su extracción; así como la agricultura de montaña. No sólo la fauna, sino también la flora forman parte de ese conjunto cuyo soporte físico es el suelo (y el subsuelo), que puede ser visto y regulado desde distintas perspectivas, como la ecología, la dasocrática o forestal, la hidrología, la minería o extractiva, la cinegética y la urbanística.

Además de los anteriores bienes incluidos en el medio ambiente, el Tribunal Constitucional tiene declarado que forman parte de los recursos naturales, el paisaje, noción estética, cuyos ingredientes son naturales -la tierra, la campiña, el valle, la sierra, el mar- y culturales históricos, con una referencia visual, el panorama o la vista, que a finales del pasado siglo obtienen la consideración de recursos apreciados antes como tal por las aristocracias, generalizado hoy como bien colectivo, democratizado en suma y que, por ello, ha de incorporarse al concepto constitucional del medio ambiente. En definitiva, la tierra, el suelo, el espacio natural, como patrimonio de la humanidad, producen unos rendimientos o rentas, los recursos, que son sus elementos y cuyo conjunto forma un sistema, dentro del cual pueden aislarse intelectualmente, por abstracción, otro subsistema en disminución gradual, hasta la célula y el átomo.

En nuestra opinión, lejos de la exclusión del suelo como bien objeto de protección constitucional, tanto la CE en los artículos 45, 46 y 47, lo refuerza como recurso natural, como así también lo tiene declarado la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional en su Sentencia 102/1995, cuando incluye dentro de los recursos naturales *al conjunto cuyo soporte*



*físico es el suelo y el subsuelo que puede ser visto y regulado desde distintas perspectivas como la ecología, la dasocrática o forestal, la hidrológica, la minería o extractiva, la cinegética y la urbanística, como el Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de diciembre de 1990, que en referencia al art. 45 de la CE, “reconoce el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado, ordenando a los poderes público velar por la utilización racional de los recursos naturales, entre los que se encuentra el suelo, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida”.*

A estas alturas, no existen dudas para incluir el suelo como recurso natural, pues la propia Exposición de Motivos del RDLTRL<sup>64</sup>, establece que *“el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable”*, y a mayor abundamiento con lo anterior el art. 12 del mismo cuerpo legislativo dispone que *“Esta Ley regula las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio estatal. Asimismo, establece las bases económicas y medioambientales de su régimen jurídico, su valoración y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la materia”*.

Como antes se ha comentado, el suelo además de ser un recurso natural con valores ambientales, también es un recurso cultural que integra el patrimonio histórico, cultural y artístico.

---

<sup>64</sup>Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

El art. 47 de la CE, también hace mención al suelo, cuando obliga a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias, y establecer las normas pertinentes con el fin de proporcionar el derecho de todos los españoles a una vivienda digna y adecuada, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. Para ACALE SÁNCHEZ<sup>65</sup> también en el art. 47 de la CE, se hace referencia al suelo, al igual que en los artículos 45 y 46, si bien en este caso, no se trata ya tanto de tener en consideración la necesidad de proteger un recurso natural, sobre todo porque en muchos casos, dada la situación de deterioro existente, es precisamente su carácter natural el que termina desapareciendo, ni tiene por qué tener unos valores marcadamente culturales: se trata, más allá de todo ello, de la necesidad de destinar una clase de suelo a unos concretos fines, reservando otro del proceso urbanizador. En efecto, el urbanismo es la rama de la ordenación del territorio que se encarga de la clasificación de los suelos, de acuerdo con las necesidades sociales. En el marco de la política de ordenación territorial, urbanísticamente se concretan los usos que han de tener y de los que han de estar reservado los suelos.

Sobre la utilización racional del suelo incluido en el art. 45 y 47, se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia 363/2006<sup>66</sup>, cuando declara *“que no podemos olvidar que el epígrafe del capítulo, en el que se contiene el delito que analizamos, identifica el bien jurídico protegido por el mismo: la ordenación del territorio, pero no exclusivamente la normativa sobre*

---

<sup>65</sup>ACALE SÁNCHEZ, María, “ Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit pág. 112.

<sup>66</sup>STS 363/2006, de 28 de marzo (RJ 2007/1848).

*ordenación del territorio, en la medida en que la propia actuación sancionadora de la administración ha resultado ineficaz, al no haber podido asegurar la vigencia del ordenamiento en esta materia, ha llevado al legislador a la creación de estos tipos penales que se contraen básicamente al castigo de las edificaciones sin licencia, en el art. 319, y a la prevaricación administrativa, en el art. 320 CP, sino que así como en el delito ecológico (art. 325), no se tutela la normativa ambiental, sino el medio ambiente, 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. 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 intervención de los Poderes Públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social y Democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución”.*

También nuestro Alto Tribunal nos recuerda en esta misma Sentencia que el art. 47 CE, reconoce el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, disponiendo que los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del

suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. Asimismo el art. 45.2, después de garantizar el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado, dispone que “*los poderes públicos velarán por la utilización racional de los recursos naturales*”, entre los cuales, el suelo tiene una gran relevancia pues es un recurso necesariamente limitado.

#### **4. Función social del bien jurídico protegido**

Nuestra Constitución en el art. 33 aunque tiene reconocido el derecho a la propiedad privada y a la herencia, limita el derecho de su contenido de conformidad con las leyes a la función social<sup>67</sup>. Cuando se trata de la propiedad privada del suelo, esta limitación del derecho de propiedad se efectuara en consideración al interés general y al principio de la utilización racional del suelo con el objeto de ordenar el territorio.

La vinculación a la función social del suelo también será aplicable a las plusvalías que se originen como consecuencias de las intervenciones urbanísticas, como los supuestos de las previsiones de zonas de uso público y, común en los sistemas generales, o dotacionales para espacios libres públicos, equipamientos comunitarios y comunicaciones. Como cumplimiento a la función social del suelo, podemos encontrar los casos de delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, concretamente en

---

<sup>67</sup>Para el artículo 71 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, existirá causa de interés social para la expropiación forzosa, además de en los casos en que haya lugar con arreglo a las Leyes, cuando con esta estimación expresa se haya declarado específicamente por una Ley la oportunidad de que un bien o una clase de bienes se utilicen en el sentido positivo de una determinada función social y el propietario incumpla esta directiva.

las prohibiciones de construir o edificar con el fin de no limitar o impedir el uso o disfrute de la colectividad.

La ordenación del territorio identifica como la función social de la propiedad, cuando la propia colectividad se aprovecha de la plusvalía. ACALE SÁNCHEZ<sup>68</sup>, en referencia a la función social del suelo, declara que para la existencia de zonas verdes, viales o bienes de interés comunitarios es preciso que todos los propietarios participen en dicha labor, no ya cediendo parte de su derecho de propiedad a la comunidad, sino no apropiándose de la parte social de su derecho que no le pertenece.

Existe algún autor<sup>69</sup> que niega que la función social de la propiedad privada pueda ser considerada como bien jurídico protegido porque su plasmación práctica dependerá de cada lugar y momento. En contra de esta postura se sitúa BOLDOVA PASAMAR<sup>70</sup>, cuando objeta que el hecho de no poder precisar esa función social no significa que no exista, ni que no pueda ser formulada con carácter general, dado que la función social de la propiedad es reconocida por las normas administrativas como principio general de la política urbanística y entronca además con un criterio rector de la política social y económica de los poderes públicos que está proclamado en el art. 47 de la CE.

La propia función social genera para los propietarios privados unos deberes contemplados en la Ley o en el planeamiento urbanístico en consideración a la clasificación urbanística del suelo, ejemplo de ello lo tenemos en el art. 36 del RDLTRLS, cuando dispone “*que el*

---

<sup>68</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Delitos urbanístico*”, Editorial Cedecs, Barcelona, 1995, pág. 207.

<sup>69</sup> Vid. VERCHER NOGUERA, Antonio, “*La delincuencia urbanística*”, op.cit., 85.

<sup>70</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 93.

*incumplimiento de los deberes de edificación o rehabilitación previsto en esta Ley habilitara para la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad o la aplicación del régimen de venta o sustitución forzosa, sin perjuicio de que la legislación sobre ordenación territorial y urbanística pueda establecer otras consecuencias”; así mismo, el art. 7 del mismo cuerpo legal establece que “el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y al levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”.*

Sentado lo anterior y al hilo con la expropiación forzosa como función social de la propiedad, aunque vinculada al deber de urbanizar, edificar, reparcelar, en los delitos urbanísticos la función social consiste en el deber-omisión de la acción de la construcción o la edificación y en su consecuencia, la función social<sup>71</sup> en los delitos del art. 319 no es la

---

<sup>71</sup> BOLDOBA PASAMAR, Miguel Ángel, “Los delitos urbanísticos”, op. cit., pág. 93. Para este autor, otra cosa es que la función social de la propiedad no pueda ser el bien jurídico único a que referir todas las modalidades de conducta prohibida penalmente, porque sería imposible explicar las construcciones realizadas en suelos de dominio público sobre la base del contenido social de un derecho de propiedad privada inmobiliaria que no existe. Habría igualmente dificultades para entender que las edificaciones en suelo no urbanizable incumplen el deber de ceder parte del derecho de propiedad a la comunidad o que se apropian de la parte social del derecho de propiedad que no les pertenece, cuando en realidad lo que sucede es que dichas edificaciones están prohibidas aunque se realizaran tales cesiones a la comunidad, y que en esos casos no hay tanto una apropiación de la parte social del derecho de propiedad que no les corresponden –presuponiendo, además, que el suelo no urbanizable sobre el que se edifica sea de titularidad privada–, como una vulneración del destino social que se les ha atribuido a dichos espacios y lugares.

expropiación, sino la restauración de la legalidad urbanística con la ejecución de la demolición de lo ilegalmente edificado o construido.

Manifiesta ACALE SÁNCHEZ<sup>72</sup> en referencia a la función social en los delitos del art. 319.1, que las construcciones ejecutadas ilegalmente en los lugares que tienen legal o administrativamente reconocido valores paisajísticos, ecológicos, artísticos, históricos y culturales, conduce a reconocer otros bienes jurídicos complementarios, y por ende la pluriofensividad del delito. Sin embargo, para un sector doctrinal no es la función social de la propiedad el bien jurídico definitivo, sino uno más amplio, la función social del suelo, que en los delitos urbanísticos se concretarían en el interés público general del uso y disfrute de los suelos en consideración a su valor social.

En los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la tutela de todos estos bienes, ya sean colectivos o difusos, se encomienda a los poderes públicos para que puedan fijar límites al derecho de propiedad, cuya función social está consagrada por el art. 33.2 de CE, razón que ha llevado a interpretar que el bien jurídico ordenación del territorio ha de ser identificado con la promoción del contenido social de la propiedad, al que hurtaran sus bienes aquéllos que perpetran el delito tipificado en el art. 319 del CP<sup>73</sup>. La propiedad privada no concede a su titular un derecho absoluto, sino que existen diversas limitaciones, entre ellas las derivadas de las normas urbanísticas, sin que pueda equipararse terrenos destinados a viales con terrenos de dominio público. Lo que se pretende con la ordenación urbanística es, precisamente, regular el uso de terrenos donde se ha de asentar poblaciones humanas, y ello permite limitar el derecho de

---

<sup>72</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit. 207.

<sup>73</sup> SAP de Ciudad Real (Sección 2ª), núm. 73/2011, de 25 de julio.

propiedad privada precisamente por la función social que ha de cumplir la misma, conforme a lo establecido en el art. 33.2 de la CE<sup>74</sup>.

La ley no puede imponer al propietario limitaciones que deban ir más allá de lo razonable, al punto que haga irreconocible el derecho dominical. Con respecto del derecho de propiedad, el Tribunal Constitucional<sup>75</sup> lo define “*como un haz de facultades individuales sobre las cosas y como un conjunto de deberes y obligaciones establecido de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, la finalidad o utilidad social que cada categoría de objeto de dominio, está llamada a cumplir*”. Junto al contenido esencial del derecho de propiedad, se encuentra la función social del derecho de propiedad sobre el suelo que hace evidente, que nadie puede construir donde desee, cuando quiera y como quiera. El derecho de propiedad sólo encierra aquello que las leyes quiere que tenga, al margen de la voluntad de su titular, e inclinado a responder al interés general; pero requiere dos requisitos, uno formal, la delimitación debe de hacerse por la Ley o conforme a esta; y otro material, la delimitación del contenido, debe de estar justificada de una manera objetiva y razonable por la función o finalidad social que este derecho debe de desempeñar en relación a la colectividad.

El derecho de propiedad es un derecho subjetivo de configuración legal, y la ordenación del territorio implica meras limitaciones y deberes que definen y configuran el contenido normal del derecho de propiedad<sup>76</sup>. También para el Tribunal Constitucional el carácter estatutario de la propiedad procura que el contenido de la propiedad sea en cada momento

---

<sup>74</sup> SAP de Murcia (Sección 1ª), núm. 64/2005, de 7 de septiembre (JUR 2006\92394).

<sup>75</sup> STC 37/1987, de 26 de marzo.

<sup>76</sup> STS de 15 de febrero de 1994.



el que derive de la ordenación urbanística, siendo lícito la modificación de esta; entendiéndose que la clasificación y el resto de determinaciones vinculan al suelo y construcciones y definen la función social de la propiedad y su contenido.

El derecho a la propiedad privada proclamado en el art. 33.1 de la CE, es uno de los derechos fundamentales de nuestra Carta Magna. Este derecho podrá limitarse en atención a su función social de conformidad con las leyes, debiéndose fijar por ley las obligaciones derivadas de los intereses de la colectividad, que los bienes de la propiedad deben de cumplir como función social. El ejercicio del derecho a la propiedad privada, además del uso y disfrute por su titular debe de atender también a las exigencias derivadas del sistema de valores que propugna nuestra Norma Suprema. Sobre este extremo tiene declarado el Tribunal Constitucional<sup>77</sup>, *que el contenido esencial de la propiedad privada no se puede hacer desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen sino que deben incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”*.

En el art. 33 de la CE, se contiene una doble garantía al derecho de la propiedad, se reconoce desde la vertiente individual y desde la vertiente institucional, es decir, estamos en presencia de un derecho subjetivo debilitado cuando cede al convertirse en un equivalente económico, cuando

---

<sup>77</sup> STC 37/1987, FJ 2º.

el bien de la comunidad concretado en el art. 33.3 por la referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social, legitima la expropiación.

Como antes se ha expuesto, la función social del derecho de propiedad sobre el suelo se limitará por las leyes en función de sus valores jurídicos, debiéndose atender primeramente a la utilización racional del suelo, con el objeto de garantizar el mandato contenido en el art. 45.2 de la CE, de proteger al medio ambiente, o de acuerdo con el interés general, así, como la especulación que proteja y mejore la calidad de vida de los ciudadanos.

También el derecho de propiedad quedará delimitado por el contenido social, cuando se concede a la comunidad la facultad de su participación en las plusvalías urbanísticas. La generación de estas plusvalías no supone una merma al titular de la propiedad, pues la Administración al hacerse cargo de las mismas, lo hace por mandato que le faculta el art. 47 de la CE, presuponiéndose que al titular del bien también se le atribuye una parte de esa plusvalía, dado que al mismo, sin soportar riesgo, obtiene una gran rentabilidad económica como consecuencia del aumento del valor del suelo, pues es de justicia social que este aumento de valor del suelo, que nada ha hecho el titular propietario revierta en forma de plusvalía a la comunidad.

Actualmente en la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 2/2008, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, en su apartado octavo establece *“El Título V contiene diversas medidas de garantía del cumplimiento de la función social de la propiedad inmobiliaria. Son muchas y autorizadas las voces que, desde la sociedad, el sector, las Administraciones y la comunidad académica denuncian la*

*existencia de prácticas de retención y gestión especulativas de suelos que obstruyen el cumplimiento de su función y, en particular, el acceso de los ciudadanos a la vivienda. Los avances en la capacidad de obrar de los diversos agentes por los que apuesta esta Ley (apertura de la iniciativa privada, mayor proporcionalidad en la participación de la Administración en las plusvalías, deben ir acompañados de la garantía de que esa capacidad se ejercerá efectivamente para cumplir con la función social de la propiedad y con el destino urbanístico del suelo que aquélla tiene por objeto, ya sea público o privado su titular”.*

## **5. Delito de peligro o de lesión al bien jurídico protegido**

Se pueden definir los delitos de peligro como tipos delictivos donde el sujeto no requiere la lesión del bien jurídico protegido, siendo suficiente que la conducta sea puesta en peligro o la amenaza al mismo. Los delitos de peligro se pueden dividir en delitos de peligros concretos y peligros abstractos, siendo aquellos los que la ley expresamente requiere que el resultado de la propia acción sea de peligro, que el tipo delictivo tenga como resultado la proximidad de una concreta lesión, siendo además relevante que la circunstancia sea conocida por el sujeto activo en el momento de la comisión, como puede suceder en la conducción temeraria (art. 381 C.P) .Se pueden definir los delitos de peligros abstractos como aquellos donde no se requiere expresamente la efectiva situación de peligro, bastando solamente la peligrosidad de la acción, es decir que la conducta sea realizada *ex ante*, como por ejemplo en los delitos contra la seguridad del tráfico, cuando el sujeto activo conduce bajo la influencias de

estupefacientes, bebidas alcohólicas o sustancias psicotrópicas (art. 379 CP)<sup>78</sup>.

Para la doctrina clásica se considera la lesión o daño como destrucción o menoscabo del bien jurídico protegido, siendo estos tipos de bienes identificables con bienes jurídicos individuales<sup>79</sup>, dado que los mismos pueden ser lesionados de forma mensurable, pues al ser concretos individuales, esto es, bienes jurídicos corpóreos y materiales pertenecientes a los particulares, es posible comprobar exactamente un menoscabo atendiendo principalmente a parámetros científicos-naturalísticos.

Siguiendo la línea mantenida por CORCOY BIDASOLO<sup>80</sup>, la diferencia entre la lesión de un bien jurídico colectivo y la de un bien jurídico individual, es que los delitos contra bienes individuales producirán un resultado en sentido escrito, y que consistirán en la lesión del objeto material del delito, y la lesión del bien jurídico colectivo no será equiparable a la lesión de sus correspondientes objetos materiales como resultado en sentido estricto, puesto que carecen de un objeto material que representen su sustrato material.

---

<sup>78</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, *“Protección penal de la ordenación del territorio, concepto y clases de peligro”*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 75. El concepto normativo de peligro esbozado resulta, operativo para dar explicación a las dos clases de peligro en los que usualmente se categorizan las distintas figuras delictivas del Código Penal que incriminan la creación de situaciones de peligro, esto es, resulta aplicable tanto a los llamados delitos de peligro concreto como a los delitos de peligro abstracto: en los primeros, el peligro constituye un elemento típico dado que en ellos el legislador describe una situación o acción como “peligrosa” para el bien jurídico-penal, de modo que es necesario constatar en el caso concreto la existencia de dicho peligro que haga probable la lesión del bien jurídico-penal, en definitiva, el entendimiento normativo del peligro despliega respecto a los delitos de peligro concreto toda su eficacia. No obstante, en los delitos de peligro abstracto el concepto normativo de peligro también desempeña una importante función, pero no en el ámbito de la tipicidad sino en el de la antijuricidad pues en ellos el legislador reputa “peligrosa” para el bien jurídico-penal, determinadas situaciones o acciones en atención, generalmente, al sector de la actividad donde las conductas se desarrollan, de manera que, en principio basta constatar en abstracto estas situaciones o acciones peligrosas para verificar el injusto de aquellos delitos.

<sup>79</sup> MARTIN, J. (1989), *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*, Freiburg.

<sup>80</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *“Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales”*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

Para la doctrina alemana<sup>81</sup> los delitos de lesión y los delitos de peligro concreto se diferencian según la intensidad del perjuicio al objeto de la acción, de manera que en los delitos de lesión, el tipo presupone que se dañe al objeto de la acción protegido, mientras que en los delitos de peligro, basta el peligro de una lesión como resultado de la acción.

Si el bien jurídico fuera la ordenación del territorio, en sentido de función pública de corrección de los desequilibrios territoriales, estos delitos jamás serían delitos de lesión, sino de peligro<sup>82</sup>, con el entendimiento de que la ordenación territorial nunca puede lesionarse, pues se necesitaría la ejecución de obras de edificaciones o construcciones de una forma masiva para que se pueda hablar de delito de lesión<sup>83</sup>.

Tampoco sería delito, la violación a la legalidad urbanística que cause daños efectivos a los valores relativos al entorno urbano, y a los delitos del art. 319 de escasa relevancia, pues lo característico de esa figura es el peligro posible, la posibilidad, no la realidad del peligro para el bien jurídico protegido, es decir, el esquema al que responden los delitos urbanísticos es la tipificación de conductas que en sí mismas, en condiciones de normalidad y conforme a un juicio de experiencia objetivo, son idóneas para afectar al bien jurídico<sup>84</sup>. En nuestra opinión, a mayor concreción del bien jurídico protegido se puede hablar de delito de lesión, y al contrario, si ese bien está muy disperso entendemos que se trata de un delito de peligro.

---

<sup>81</sup>Vid. HANS HEINRICH, Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Duncker und Humblot, 1978.

<sup>82</sup> Vid BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Los delitos urbanísticos”, op. cit., pág.95.

<sup>83</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit., pág. 267.

<sup>84</sup> Vid. BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, “Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 1999, pág. 25.

Para la jurisprudencia de algunas Audiencias Provinciales<sup>85</sup>, entre ellas la de Cádiz tiene declarado que *“el bien jurídico protegido en estos delitos, al ser consecuencia del artículo 45.3 de la Constitución no es tanto la normativa urbanística como el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de utilización racional del suelo orientado a los intereses generales, y la filosofía que emana de las normas constitucionales, es la de castigar las conductas objetivamente más graves que originen consecuencias trascendentes para la ordenación del territorio.*

*El precepto citado castiga conductas objetivamente graves y dolosas que ataquen un bien jurídico comunitario (la utilización racional del suelo y la adecuación de su uso al interés general), y por ello el análisis del tipo debe realizarse desde la perspectiva de la antijuridicidad material, aplicando en su caso el principio de mínima intervención, cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado, ya que los tipos penales no pueden servir como mero reforzamiento de la autoridad administrativa, sin contenido material de antijuridicidad”.* En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Córdoba<sup>86</sup> siguiendo la tesis que podríamos denominar material, *“estima que el bien jurídico protegido no sería la mera infracción formal de la normativa urbanística emanada de la Administración, sino la infracción de dicha normativa en cuanto que efectivamente ataque a una ordenación racional del territorio, lo cual implica que, en un sentido más amplio, el bien penalmente amparado es la calidad de la vida y el hábitat en el que se desenvuelven los seres humanos. Y añade que esta tesis sería,*

---

<sup>85</sup> SSAP de Cádiz (Sección 1ª), núm. 214 de 27 de mayo de 2009 y la núm. 282, de 17 de Julio de 2009.

<sup>86</sup> SAP de Córdoba de 4 de febrero de 2005.

*a nuestro juicio, la derivada de una consideración sistemática del propio Código Penal, pues si el legislador ha optado por recoger los delitos contra el medio ambiente dentro del Título XVI del Libro II, conjuntamente con los delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico y la vida silvestre, es porque las conexiones entre los bienes jurídicos protegidos de todos ellos son indudables, de modo -que tal y como estima autorizada doctrina-, se trata globalmente de defender determinados bienes comunes que son necesarios y facilitan la existencia de los seres humanos en cuanto inciden en su salud y bienestar, y constituyen un patrimonio común que es necesario preservar”.*

Sostiene ACALE SÁNCHEZ<sup>87</sup>, que cuando se construye en un espacio natural protegido, o en un centro histórico, se está lesionando, se está produciendo un verdadero menoscabo del ambiente y del patrimonio histórico en tanto que bienes jurídicos colectivos, al proyectarse esto, como si de un espejo se tratara, sobre los objetos o los elementos materiales que lo componen. En estos supuestos en los que la lesionabilidad del bien jurídico protegido es palpable, no resulta necesario recurrir a los intereses o relaciones sociales.

En nuestra opinión se puede hablar de delito de lesión y no de peligro cuando se está construyendo sin autorización en suelo demanial, o cuando se edifica en suelo no urbanizable que no sea autorizable, siendo dichas obras como susceptible de demolición por el juzgador como medida para restaurar el orden urbanístico vulnerado.

---

<sup>87</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit., pág. 143.

## **6. Los bienes jurídicamente protegidos en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo**

Lo que tratan de proteger verdaderamente los tipos penales que estamos analizando son los bienes jurídicos, los cuales se encuentran proclamados en nuestra Carta Magna, concretamente el artículo 45,<sup>88</sup> que protege el medio ambiente, el artículo 46<sup>89</sup> que se refiere al patrimonio histórico, artístico y cultural, y el artículo 47<sup>90</sup> que protege al propio suelo.

Como regla general, la protección de estos bienes se tutela por las normas del ordenamiento administrativo, dejando al derecho penal las conductas de mayor gravedad. En esta protección intervienen las potestades exclusivas del Estado<sup>91</sup>, de las Comunidades Autónomas<sup>92</sup>, de los municipios, así como los de la Unión Europea.

---

<sup>88</sup> Artículo 45 de la Constitución Española de 1978: 1.Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2.Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

<sup>89</sup> Artículo 46 de la Constitución Española de 1978: Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.

<sup>90</sup> Artículo 47 de la Constitución Española de 1978: Todos los españoles tienen el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

<sup>91</sup> Artículo 149.6º de la Constitución Española de 1978: El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 6º Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.

<sup>92</sup> Artículo 148.9º, 11º y 16º de la Constitución Española de 1978: Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 9º La gestión en materia de protección del medio ambiente. 11º La pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial. 16º Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma.



Parece ser que el bien jurídico protegido es la ordenación del territorio; es decir, la normativa que regula esa ordenación, pues es la que protege y mejora la calidad de vida de todos los ciudadanos de ese territorio.

Considera BOLDOVA PASAMAR<sup>93</sup> que la ordenación racional del territorio, el adecuado reparto y distribución del suelo para sus diversos usos, constituye en los complejos sistema sociales en que vivimos un elemento indispensable para asegurar el funcionamiento del sistema social y posibilita la pacífica participación de los ciudadanos en el mismo de cara a la satisfacción de sus necesidades existenciales y humanas. Este autor sostiene que un nutrido grupo de autores relacionan el bien jurídico directamente con la normativa reguladora del urbanismo, más que de la ordenación del territorio, aunque muchas veces se intercambian ambos conceptos.

En opinión del MUÑOZ CONDE<sup>94</sup>, el bien jurídico protegido, en las distintas modalidades del delito urbanístico, es el interés que ya de por sí representa el cumplimiento de la ordenación territorial, legal o reglamentariamente establecida, esto es, la ordenación del territorio frente a las conductas que transgreden la defensa del urbanismo, y que la incorporación de estos delitos al Código Penal de 1995 responde al esfuerzo por reforzar la protección que ya en materia administrativa brinda la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, elevándose a la categoría de ilícito penal las conductas más graves. La intervención penal

---

<sup>93</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 83 y ss.

<sup>94</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, “*Derecho Penal parte especial*”, op. cit., pág. 487.

en la materia urbanística ha estado condicionada por la ineficacia, que en la mayoría de los casos había mostrado la regulación administrativa.

El bien jurídico protegido es por tanto el cumplimiento de las normas administrativas sobre utilización racional del suelo, que ampare todo lo que la ecología representa en relación al propio suelo.

En opinión de GARCÍAS PLANAS<sup>95</sup>, el bien jurídico que se protege con el artículo 319 del Código Penal es la ordenación del territorio, entendido como limitaciones legales o administrativas que afecten al uso del suelo, considerándose el aprovechamiento del suelo como interés general, que se consigue por la planificación de acuerdo con las leyes. El uso del suelo que integra al hombre en su ámbito espacial, con respeto al medio físico, es el bien jurídico-penal protegido. Sólo las acciones que destruyen o afectan ostensiblemente al medio espacial en que se debe desarrollar la vida en comunidad, deberían ser penadas por el propio artículo 319 CP.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 4 de enero de 1999, considera que *“el bien jurídico protegido no es otro que la ordenación del territorio, pero no la normativa de ordenación del territorio (normativa de carácter administrativo), sino el valor material de ordenación territorial en su sentido constitucional de utilización racional del suelo, orientada a los intereses generales (artículos 45 y 47 de la Constitución); en definitiva, el bien jurídico protegido es la utilización racional del suelo y, en un sentido más amplio, la calidad de vida y hábitat humano, así como la conservación de los recursos naturales”*.

---

<sup>95</sup> GARCÍAS PLANAS, Gabriel, *“el delito urbanístico (delitos relativos a la ordenación del territorio)”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pag.61.

Según LÓPEZ LAGO<sup>96</sup>, para saber en concreto qué bien jurídico ha querido proteger el Legislador, hay que retrotraerse a la gestación misma de la Ley, a la razón que ha servido de base para que se introduzca un nuevo tipo delictivo en una Ley Orgánica, el Código Penal. Sin embargo, para ROMÁN GARCÍA<sup>97</sup> el bien jurídico protegido es la utilización del territorio que pueda calificarse como correcta por ser conforme a las previsiones de la legalidad urbanística, esto es, la utilización del territorio que se adecue al régimen previamente concebido por el legislador constitucional, previamente definido por el legislador ordinario y, en su caso, previamente concretado por la autoridad administrativa que sea competente para ello, por haber sido habilitada al efecto por el legislador.

Estos tipos de delitos eran impensables en el Estado Liberal decimonónico, donde el Estado no debía intervenir en estos temas en principio, al no estar concienciada la sociedad de la misma forma que lo está hoy<sup>98</sup>.

En estos delitos no se tutela a la persona física, sino algunos valores sociales incluso supraestatales.<sup>99</sup> El bien jurídico tutelado en estos tipos de delitos es la ordenación del territorio, donde se puede incluir también, además de la ordenación de la ciudad y su término municipal, la relación de

---

<sup>96</sup>LÓPEZ LAGO, Olga, “*Derecho urbanístico de Andalucía. Los delitos urbanísticos*”, el CONSULTOR de los Ayuntamientos y de los Juzgados, LA LEY ACTUALIDAD, Madrid, 2004, pág. 1175 y ss.

<sup>97</sup> ROMÁN GARCÍA, Fernando, “*Delitos sobre la Ordenación del Territorio, en Derecho Penal Administrativo*”, Granada, Comares 1997, pág. 82.

<sup>98</sup>CATALÁN SENDER Jesús. “*Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*”, Editorial Bayer Hnos. S.A., pág. 461.

<sup>99</sup>Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, “*Derecho Penal Parte Especial*”, op. cit., pág. 483.

estos con el resto de la Comarca, Provincia, Comunidad Autónoma y Estado<sup>100</sup>.

La Audiencia Provincial de Cádiz, en su Sentencia de 17 de febrero de 2000, en referencia al bien jurídico protegido en el delito contra la ordenación del territorio, considera que, siguiendo con el tema de la interpretación y atendiendo a una interpretación teleológica de la norma, se debe de tener en cuenta que la norma analizada en el artículo 319 del Código Penal es consecuencia del artículo 45 de la Constitución de 1978, el cual, en su párrafo tercero, prevé el establecimiento de sanciones penales para los supuestos más graves de violación de la obligación de utilizar racional de los recursos naturales.

Nosotros entendemos que el bien jurídico protegido no es tanto la normativa urbanística como el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de utilización racional del suelo orientada a los intereses generales. La filosofía que preside el precepto constitucional es la de castigar las conductas objetivamente más graves, coincidiendo las acciones más graves y dañosas para la ordenación territorial con las actividades urbanísticas que, incluso en su promoción, requieren un importante potencial económico y cierta dedicación profesional.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, en su Sentencia núm. 12/2000 de 19 enero<sup>101</sup>, destacó que el tipo penal no tenía antecedentes en el Código Penal de 1973 entendiendo que el precepto nace

---

<sup>100</sup> Vid. RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *“Manual de Derecho urbanístico”*, EDITORIAL LA LEY, Madrid, 1984, pág. 17.

<sup>101</sup> ARP 2000/246.

por la necesidad de reforzar la disciplina urbanística, por el fracaso o insuficiencia de las sanciones administrativas para controlar el desorden urbanístico. Si bien hay que resaltar que, sin desconocer que una política legislativa rigurosa en materia de disciplina urbanística no puede prescindir de las sanciones penales para las infracciones más graves, ha de estimarse que el recurso a la tutela penal se justifica más por la relevancia del bien jurídico protegido, esto es, la utilización racional del suelo como recurso material limitado y la ordenación de su uso al interés general, así como a la gravedad de los ataques de que es objeto, que por una supuesta necesidad de reforzar la autoridad o severidad de la actuación administrativa en esta materia.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 9 de febrero de 2000, sostiene que quién por sí mismo realiza, para su propio uso, una obra con un daño de escasa gravedad ocasionado a la ordenación del territorio, que constituye el bien jurídicamente protegido por la norma, hace que la acción quede al margen del precepto penal que se comenta y relegada a una simple infracción administrativa, sancionable incluso con la demolición de lo construido, en el oportuno procedimiento de tal naturaleza.

Mediante Auto 136/2005, de 9 de febrero de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª), se declara que el bien jurídico protegido por el artículo 319 del Código Penal, de naturaleza colectiva o supraindividual, tiene un carácter material o sustantivo cifrado en la obtención de una mayor calidad de vida y de hábitat humano a través de la utilización racional del suelo orientada a los intereses generales (art. 45 de la C.E.).

Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo son una novedad del Código Penal de 1995 en relación con el CP anterior, aunque existían antecedentes en los proyectos de códigos de los años 80 y

principios de los 90. Estos ilícitos incriminan conductas que antes de su tipificación penal constituían infracciones de la normativa urbanística, sancionable mediante medidas de carácter administrativo, o en otras palabras, estos delitos son nuevos casos de extensión del Derecho penal suficientemente normativizados, pues el número y alcance de las infracciones de la normativa existente se considera intolerable y, además, genera una significativa alarma social<sup>102</sup>.

En principio parece ser que la intervención penal a través de la amenaza de la sanción constituye una vía idónea para reducir el número de infracciones al bien jurídico protegido, pero la experiencia ha dado como resultado, que no siempre es el caso, pues desde las propias causas de la proliferación de infracciones, que usualmente están enraizadas en complejos fenómenos sociojurídicos, no fáciles de encauzar sólo con regulaciones normativas, hasta la dificultosa y muchas veces técnicamente deficiente descripción legal de las conductas delictivas<sup>103</sup>, que ocasiona frecuentemente perturbadores efectos punitivos, por exceso y por defecto, además de graves problemas procesales.

Para GARCÍAS PLANAS<sup>104</sup> el bien jurídico que se quiere proteger con estos tipos delictivos, parece ser el correcto comportamiento en la ubicación de construcciones humanas en un territorio dado, respetando aquellos elementos del planeamiento territorial estipulado para dicho territorio que se consideren esenciales para la preservación del mismo.

---

<sup>102</sup> Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *“Los delitos sobre la ordenación del territorio”*, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 8/2000, Editorial Aranzadi.

<sup>103</sup> Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *“idem”*.

<sup>104</sup> GARCÍAS PLANAS, Gabriel, *“El delito urbanístico (delitos relativos a la ordenación del territorio)”*, op. cit. pág. 60 y ss.

De los delitos incriminados en los artículos 319 y 320 del CP, se puede destacar tres conductas ilícitas, la primera la sanción por infracción de la ordenación territorial que afecta a espacios protegidos de especial valor, en segundo lugar la construcciones no autorizables en suelo no urbanizable, y por último, las conductas irregulares de servidores públicos o prevaricación urbanística.

En aplicación del principio de intervención mínima en materia de delitos sobre la ordenación del territorio, sería prudente no incriminar como delictiva cualquier infracción de suelo no urbanizable, sino tan sólo aquellas conductas que concurren las circunstancias de protección específica del art. 319.1 del CP. El apartado segundo del mismo precepto, plantea la cuestión de la referencia genérica al suelo no urbanizable y la del concepto de lo *no autorizable* de la edificación, obligándose a reflexionar sobre si una actividad infractora describable inicialmente como presuntamente delictiva, podría finalmente, no serlo, porque *ex post* se pudiera llegar a legalizar una actividad inicialmente ilegal<sup>105</sup>.

Hay que resaltar que sin desconocer que una política legislativa rigurosa en materia de disciplina urbanística no puede prescindir de las sanciones penales para las infracciones más graves, ha de estimarse que el recurso a la tutela penal se justifica más por la relevancia del bien jurídico protegido, esto es, la utilización racional del suelo como recurso material limitado y la ordenación de su uso al interés general, así como a la gravedad de los ataques de que es objeto, que por una supuesta necesidad

---

<sup>105</sup> SANTOS DIEZ, Ricardo y CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio, “*Los delitos contra la ordenación del territorio*”, El Consultor Urbanístico, Editorial La Ley, 819/2008.

de reforzar la autoridad o severidad de la actuación administrativa en esta materia<sup>106</sup>.

De todo ello se desprende, como no podía ser de otra manera, que no es la vía penal la única por la que se puede, sobre todo en casos de escasa entidad, restablecer el orden jurídico conculcado. Se debe de tener en cuenta que el derecho penal ha de ser interpretado de forma restrictiva, y debe tipificar aquellas conductas que de forma más graves ataquen a los bienes jurídicos, pues de admitirse la interpretación extensiva se llegaría a criminalizar conductas nimias cuyos efectos pueden ser fácilmente corregidos por las autoridades administrativas sin la conminación de una penal.

Tampoco se puede olvidar que el Código Penal de 1995, ha venido a reafirmar el principio de intervención mínima o de subsidiariedad del Derecho penal, que, como es sabido, implica que en esa rama la sanción penal es la más grave de las que dispone el Estado y la que produce mayor privación o intimidación en los bienes jurídicos para restablecer el orden jurídico conculcado, frente a las medidas y sanciones civiles o administrativas.

Ni la doctrina ni la jurisprudencia se han puesto de acuerdo sobre lo que se protege con el bien jurídico de los artículos 319 y 320 del CP. Para la mayoría, lo que se protege es la ordenación del territorio o el uso racional del suelo,<sup>107</sup> y para otros se protege las funciones sociales que tienen asociadas las distintas clases de suelos<sup>108</sup>. Para SOUTO GARCÍA<sup>109</sup>,

---

<sup>106</sup> SAP de Málaga (Sección Primera), núm. de 19 de enero de 2000.

<sup>107</sup> MATA BARRANCO, Norberto J, “*Delitos con el urbanismo y la ordenación del territorio*”, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998, pág. 224.

<sup>108</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit. pág. 83 y ss.



lo que se tutela es la legalidad urbanística o la protección de la normativa reguladora del urbanismo, otorgando al Derecho penal una mera función de protección del cumplimiento de las normas del sector administrativo y sanción de las desobediencias administrativas.

Como se ha tenido ocasión de mencionar con la reforma operada a través de la Ley Orgánica 5/2010, la rúbrica del Capítulo I del Título XVI del Libro II del Código Penal se ha modificado, pasando de rotularse “*De los delitos sobre la ordenación del territorio*” a titularse a partir de ahora “*De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”. Esta modificación no supone una alteración sustancial en relación con el bien jurídico de los artículos 319 y 320 del CP.

La concreción del bien jurídico protegido en estos tipos de delitos concibe el urbanismo como un sector de la ordenación del territorio que determina los usos del suelo en relación a la creación, mantenimiento y mejora de los núcleos de población; operación que debe llevarse a cabo mediante el ejercicio de actividades de planeamiento que regulan el régimen del suelo, la ejecución de planes de edificación, y ordenando la gestión económica con el objeto de posibilitar la vida en común de los hombres en una sociedad urbana, de ahí, que el bien jurídico urbanismo equivalga a calidad de vida<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> SOUTO GARCÍA, Eva María, “*Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la Legislación*” Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 65.

<sup>110</sup> CARMONA SALGADO, Concepción, “*Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico*”, Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 19.

Señala URRAZA ABAD<sup>111</sup> que los delitos contra la ordenación del territorio tienen por objeto axiológico la protección de la calidad de vida desde la perspectiva de la planificación urbanística y territorial. Con estos tipos de delitos no se quiere sancionar penalmente un mero incumplimiento formal de la normativa urbanística, sino perseguir aquellas conductas que, vulnerando dichos preceptos administrativos, afecten materialmente de manera concreta a la calidad de vida de los ciudadanos.

## **7. EL bien jurídico protegido en la prevaricación urbanística**

Cuando el art. 103 de la CE establece que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, se debe de interpretar que tanto los funcionarios como las autoridades, cuando actúan en el ejercicio de sus funciones, se someten al principio de legalidad, y en su consecuencia deberán ejercitar estas obligaciones públicas de conformidad con la legislación vigente, y nunca actuaran para provecho o intereses propios.

De lo anterior se puede colegir que los servidores públicos que a sabiendas de su injusticia informen favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación,

---

<sup>111</sup>URRAZA ABAD, Jesús, *“Los delitos contra la ordenación del territorio tras la reforma del Código Penal operada mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 35.

construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes, o que con motivos de inspecciones silencien la infracción de dichas normas, o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, todas estas actuaciones violan, ofenden y lesionan el bien jurídico protegido por el Estado: La función pública.

A través de la ubicación del precepto del art. 320 de CP, además de protegerse el bien jurídico ordenación del territorio, también se protege la Administración Pública, por ello se dice que estamos en presencia de delitos pluriofensivos, dado que cuando los funcionarios públicos informan o votan favorablemente para conceder licencias que son contrarias a derecho están actuando apartándose de la legalidad. Existen autores que consideran que en el art. 320 del CP se tutelan simultáneamente el interés público por el correcto funcionamiento de la función administrativa en el ámbito urbanístico y además, el interés por una utilización racional del suelo, que permita orientar este recurso natural al destino que según la ley y el Derecho le corresponde conforme a su naturaleza.

En los delitos de prevaricación urbanística cometidos por funcionarios públicos o autoridad, tipificado en el art. 320 del CP dentro del principio de intervención mínima, se exige que el sistema penal de control social solamente pueda intervenir cuando se trate de violaciones graves a los principios informadores de la actuación de la administración, no pudiéndose actuar contra meras irregularidades e ilegalidades que serán controladas por la jurisdicción administrativa. El Derecho penal intervendrá contra los infractores públicos solamente en aquellos supuestos donde se vulneren manifiestamente los principios de actuación básica de la

Administración. De ahí, que se diga que el Derecho penal tiene un carácter fragmentario y sea la *ultima ratio* sancionadora, y en su consecuencia la intervención penal no podrá sancionar todas las acciones contrarias a derecho, ni las que lesionan el bien jurídico, sino que solamente está legitimado para recriminar y repeler las agresiones más graves y peligrosas, dado que el objetivo del orden penal es atender la defensa social que tenga su origen no en la simple infracción de la legalidad administrativa, lo que daría un sentido formalista al delito de prevaricación urbanística, sino el incumplimiento de la normativa administrativa que incida de forma significativa en los administrados y en la colectividad, que cause un daño potencial o efectivo, requiriendo además que la resolución del funcionario público o la autoridad, además de injusta, sea dictada a sabiendas de su obrar torticero.

Cuando en materia de Derecho urbanístico los funcionarios emitan informes a sabiendas de su injusticia, están despreciando las técnicas más elementales de aplicación del derecho, incurriendo sus autores en un torcimiento del derecho tan patente y grosero que se subsume en el concepto de injusticia y arbitrariedad que acoge el tipo penal. Es más, cuando por parte de cualquier Ayuntamiento o Administración con competencia en materia de urbanismo, proceda dictar una resolución contraria a la normativa urbanística, con aplicación de forma concluyente de otra que no tiene respaldo legal, no se está sometiendo a lo preceptuado en el art. 103 de la CE, ni a la Ley ni al Derecho, con menoscabo al bien jurídico y al normal funcionamiento de la Administración Pública. Los funcionarios públicos o autoridades, cuando comenten los ilícitos penales del art. 320, están agrediendo tanto a los bienes jurídicos protegidos del

Capítulo I, que son la ordenación del territorio y el urbanismo, como a la función pública.

La Audiencia Provincial de las Palmas (Sección 1ª), en su Sentencia núm. 25/2010 de 27 enero, tiene declarado en referencia al bien jurídico protegido que, *“se marcan diferencias entre la prevaricación urbanística del art. 320 y la prevaricación genérica del art. 404 al que se remite aquel, puesto que no podemos olvidar que el epígrafe del Capítulo, en el que contiene el delito de prevaricación urbanística, se identifica el bien jurídico protegido por el mismo como la ordenación del territorio, pero no exclusivamente la normativa sobre la ordenación del territorio, en la medida en que la propia actuación sancionadora de la administración ha resultado ineficaz al no haber podido asegurar la vigencia del ordenamiento en esta materia, lo que ha llevado al legislador a la creación de estos tipos penales”*.

Las razones que ha llevado al legislador a incluir los tipos delictivos del art. 320, han sido con el objetivo de dotar de autonomía al bien jurídico protegido de la ordenación del territorio y el urbanismo, y además luchar contra la corrupción urbanística. Como se ha comentado con anterioridad, existen diferencias entre la prevaricación del art. 404 del Código Penal<sup>112</sup>,

---

<sup>112</sup> SSTs de 2 de abril de 2003 y 24 de septiembre de 2002 (Sala 2ª): Para rellenar el contenido de la arbitrariedad se exige que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos («palmaria», «patente», «evidente» «esperpéntica», etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1995) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo, con mayores indicaciones jurisprudenciales). En todos esos casos, es claro que la decisión se basa en la tergiversación del derecho aplicable y que éste ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario. Esta casuística, cuyo común denominador es la falta de deducción de la decisión del derecho aplicable al caso, proporciona el aspecto sustantivo de la acción

con la prevaricación urbanística del art. 320. Siguiendo a POMARES CINTAS/BERMEJO CHAMORO<sup>113</sup>, el precepto de la prevaricación urbanística no se ha limitado a reproducir la estructura del delito de prevaricación administrativa, es decir, dictar dolosamente una resolución arbitraria en un asunto administrativo, a pesar de la remisión expresa a la pena prevista en él, pues en el apartado del art. 320.1, del CP, el legislador, castiga comportamientos de trámite del procedimiento administrativo, como emitir informes favorables en los proyectos de edificación o la concesión de licencias de modo contrario a la normativa urbanística.

Para un sector de la doctrina científica la conducta prevaricadora tendría la necesidad de acreditar un riesgo penalmente relevante para la ordenación del territorio, con base en la doble dimensión de estas conductas prevaricadoras, una institucional y otra colectiva en función de los bienes jurídicos protegidos<sup>114</sup>. Las acciones delictivas del art. 320 incorporan la existencia de un bien común y un bien específico, dado que se lesiona la legalidad en el ejercicio de la función pública, y por otra se pone en peligro el bien jurídico urbanismo. Ejemplo de lesión al ejercicio público es cuando el servidor público informa, resuelve o vota y se pone en peligro al urbanismo cuando se incumple la función social del suelo.

---

típica, que no debe ser confundido con los adjetivos, como tales imprecisos y poco aptos para cumplir con la función de garantía de la Ley penal que, contingentemente, la jurisprudencia ha usado para dar una idea de la gravedad del hecho.

<sup>113</sup> POMARES CINTAS, Esther y BERMEJO CHAMORRO, Antonio José, “¿Era necesario reformar los delitos urbanístico, en Especial referencia a los delitos de corrupción urbanística y a su trayectoria jurisprudencial”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, núm. 6 (2011), págs. 109-150, UNED.

<sup>114</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Los delitos urbanísticos”, op. cit., pág. 225.

Sostiene BOLDOVA PASAMAR<sup>115</sup>, que la prevaricación genérica se limita a la valoración de la legalidad de las actuaciones normativamente consideradas, sin entrar a enjuiciar a su vez la puesta en peligro de los bienes jurídicos a los que se orientan las normas jurídicas vulneradas con la resolución arbitraria adoptada. En cambio, en las prevaricaciones específicas tiene lugar ese segundo momento axiológico en la medida en que en las mismas está contenida una referencia ulterior a la materia regulada y, por ende, a otro bien jurídico.

Otro de los aspectos del bien jurídico protegido en los delitos de prevaricación urbanística, es que la infracción lo sea a sabiendas de las obligaciones de observar la normativa urbanística, de ahí, que su incumplimiento genere el elemento del tipo delictivo. Para la incardinación en el art. 320 es necesario que el relato fáctico refiera la norma infringida con expresión de la concreta acción realizada en una aplicación arbitraria de la norma que debe observar el servidor público.

## **8. La delimitación formal o material del bien jurídico**

Sobre si el bien jurídico protegido ordenación y urbanismo tiene carácter formal o material, no existe unificación de doctrina, dado que hay quien considera que después del fracaso del Derecho administrativo en la defensa de estos bienes tutelados, la vía penal en la esfera urbanística, es donde se tutela la correcta ordenación del territorio, evitándose abusos que afectan a intereses generales, como puede ser el disfrute de zonas verdes y

---

<sup>115</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Idem*”, op. cit., pág. 227.

equipamientos sociales<sup>116</sup>, etc. Para otro sector de la doctrina, estamos en presencia de tipos formales de delitos, dado que lo que se tutela en estos ilícitos es la regulación administrativa urbanística, pues se protege el interés en el cumplimiento de la ordenación territorial legal o reglamentaria o, en otras palabras, lo que trata de proteger el Derecho penal en estos tipos es el cumplimiento de la normativa urbanística y por consiguiente, procederá a sancionar las infracciones que se cometan contra la propia ordenanza territorial.

Para BLANCO LOZANO<sup>117</sup>, el urbanismo considerado en cuanto objeto de la tutela penal, se halla dotado de un cierto carácter antropocéntrico, por cuanto en él se vienen a englobar circunstancias, condiciones y factores referentes al hombre, y que le vinculan con el medio en que se desenvuelve, haciendo de la tierra y del suelo su eje operativo.

La defensa a la definición formal del bien jurídico ordenación del territorio y urbanismo, se basa en la incompatibilidad con los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, dado que el Derecho penal cumple una función simbólica, no respondiendo como última intervención punitiva o *ultima ratio*, pues solamente se tutelarían las funciones que corresponden al Derecho administrativo, como es la función pública de planificación física, además, admitir los delitos urbanísticos como simple desobediencias a las normas administrativas, sería contrario con las garantías del Derecho penal en un Estado Social Democrático de Derecho<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> BLANCO LOZANO, Carlos, “*El delito urbanístico*”, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 2001, pág. 31.

<sup>117</sup> BLANCO LOZANO, Carlos, “*idem*”, op. cit., pág. 32.

<sup>118</sup> Vid. SILVA FORNÉ, Diego, “*Algunas consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos sobre la ordenación del territorio en el nuevo código penal español*”, Universidad de Zaragoza, IX



Los que consideran el bien jurídico ordenación del territorio como puramente formal, en atención a las carencias de justificación que avalen razones materiales para la intervención del Derecho penal, entienden también, que el carácter formal de estos tipos delictivos pueden configurarse a favor de la delimitación material si queda justificado la gravedad del daño<sup>119</sup>, debiéndose eliminar de la protección penal, las conductas que carezcan de la gravedad suficiente como para considerar grave los atentados sobre la ordenación del territorio.

Define LÓPEZ RAMÓN<sup>120</sup>, que la ordenación del territorio puede traducirse en una política económica, en una función pública de planificación física, o en una finalidad general que debe asumir las funciones sectoriales estando todas estas variantes conceptuales vinculadas por la finalidad de lucha contra los desequilibrios territoriales.

Actualmente está consolidada por un extenso sector de la doctrina científica, configurar el bien jurídico ordenación del territorio por referencia a criterios materiales para legitimar su protección por el Derecho penal. La ordenación del territorio<sup>121</sup> no ofrecía muchas dificultades para legitimar el bien jurídico en el Derecho penal, porque la ordenación racional del territorio, el adecuado reparto y distribución del suelo para sus diversos usos, constituye en los complejos sistemas sociales en que

---

Congreso Latinoamericano e Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología, artículo aparecido en el libro de ponencias, pp. 187 a 200. Buenos Aires, Argentina, 1997.

<sup>119</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, *“Derecho Penal, Parte Especial”*, op. cit., pág. 534.

<sup>120</sup> LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *“Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos”*, Revista de Derecho y Medio Ambiente, núm. 151, enero 1997.

<sup>121</sup> Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís *“Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente”*, Documentación Jurídica del Ministerio de Justicia, 37/40, 1983, pág. 884 a 886.

vivimos, un elemento indispensable para asegurar el funcionamiento del sistema social, y posibilita la pacífica participación de todos los ciudadanos en el mismo de cara a la satisfacción de sus necesidades existenciales y humanas. En la misma línea se sitúa CONDE PUMPIDO<sup>122</sup> al manifestar que el bien jurídico protegido es la ordenación del territorio, pero no la normativa que regula el urbanismo, porque no reúne las condiciones materiales para ser un bien jurídico protegido por el Derecho penal.

En nuestra opinión, es procedente la intervención penal en estos tipos de ilícitos en consideración a la magnitud de las violaciones y al desprecio de la normativa urbanística, pero con la advertencia de que su intervención se realizará en los supuestos de graves atentados al bien jurídico.

En referencia a los delitos contra la ordenación del territorio, la doctrina, con muy limitadas excepciones, entiende que el bien jurídico protegido no es la simple normativa administrativa sobre la utilización ordenada del suelo que debe tener su protección, y en tal caso sanción por vías y ante órganos distintos a la jurisdicción penal, sino la utilización racional del suelo en un sentido más amplio, que ampare penalmente la calidad de vida, el habitat humano, y la conservación de los recursos naturales, como ocurre en el delito ecológico, en el que no se tutela la normativa ambiental, sino el medio ambiente; en este tipo lo que se protege penalmente no es la disciplina urbanística, que es un valor formal o instrumental, sino el valor material de la ordenación del territorio. Esto supone que no es suficiente para incidir en el tipo el hecho de llevar a cabo construcciones sin licencia en terrenos no urbanizables, sino que es

---

<sup>122</sup> CONDE PUMPIDO TOURON, Carlos, *“De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”*, Código Penal comentado, Editorial Bosch, Valencia, mayo, 2007, pág. 325.

necesario que con tales construcciones, de alguna manera, se incida negativamente, en la calidad de vida, pues en el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuricidad material, cuando no se aprecie afectación de bien jurídico afectado, el tipo penal no puede llegar a ser un mero instrumento de reforzamiento de la autoridad administrativa, sin contenido material de antijuricidad. Por lo tanto para incidir en tal tipo, además debe de tratarse de una construcción sin licencia en suelo no urbanizable, siendo necesario acreditar que en tal conducta se afectó a los intereses generales por incidir en la calidad de vida, o en los espacios que el Planeamiento General determine para otorgarle una especial protección, por su excepcional valor agrícola, forestal o ganadero o para mantener el equilibrio ecológico<sup>123</sup>.

### **9. Excurso: La acción pública para la protección de la ordenación del territorio y el urbanismo**

En términos generales la acción pública consiste en la legitimación activa para el reconocimiento y defensa de la legalidad. Cualquier demandante puede deducir la pretensión sin tener que invocar la lesión de un derecho ni un interés subjetivo, es decir, se puede demandar del órgano judicial que tenga atribuida la materia con el objeto de anular un acto que está infringiendo la legalidad. Es requisito para poder entablar la acción en el procedimiento, que esté reconocido expresamente por la ley, o en otras palabras, la acción pública únicamente puede ejercitarse en los ámbitos legalmente reconocidos, como puede suceder en materia urbanística.

---

<sup>123</sup> Vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª), Sentencia núm. 698/2001, de 29 de junio.

Nuestro Alto Tribunal, tiene declarado que el reconocimiento de la acción pública se refiere solamente a la legitimación, no pudiendo implicar que quien acuda al proceso contencioso administrativo legitimado al amparo de ella, resulte dispensado de cumplir todos los requisitos legales necesarios para que pueda examinarse en cuanto al fondo la pretensión que formula, siempre que la misma resulte de aplicación lógica a la legitimación que se contempla<sup>124</sup>.

La acción pública ha existido en nuestro ordenamiento jurídico desde la Ley del Suelo de 1956 con el objeto de proteger la legalidad urbanística. En la actualidad la acción pública está regulada en el art. 48 del Real Decreto Legislativo 2/2008, cuando dispone que *“Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística”*.

Mediante la institución de la acción pública urbanística, cualquier persona puede exigir ante la Administración o ante los jueces y tribunales de la jurisdicción Contencioso-Administrativa la observancia de la legislación y demás instrumentos de la ordenación del territorio y el urbanismo, sin que sea necesario que se acredite un derecho subjetivo o interés legítimo, pudiendo cualquier ciudadano poner en marcha los

---

<sup>124</sup> STS de 5 de julio de 1999.

procedimientos legales con el fin de poder defender la legalidad urbanística. Por ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado que el orden urbanístico es el interés general amparado por la existencia de una acción pública.

Del art. 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y del art. 31 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en referencia a la legitimación para poder invocar la acción pública urbanística, se interpreta que cualquier persona puede dirigirse a la Administración urbanística o a la jurisdicción contencioso-administrativa para solicitar el cumplimiento de la legalidad urbanística, en especial cuando estemos ante el incumplimiento de licencias u obras que estén violando lo establecido en el planeamiento urbanístico.

El ejercicio de la acción pública puede dar lugar a abusos cuando se traspasan los límites de la buena fe y de la interdicción del abuso del derecho<sup>125</sup>. Resulta improcedente el ejercicio de la acción pública cuando se abusa de esta acción con fines bastardos, pero no se abusa de esta institución, cuando se da cumplimiento al fin institucional para el que fue concebida la observancia de la legislación de la ordenación del territorio y depuración de actos ilegales que la contravienen, y su ejercicio no supone el beneficio público evidente de la depuración de una licencia ilegal<sup>126</sup>. Sostiene COSCULLUELA MONTANER<sup>127</sup> que la acción pública

---

<sup>125</sup> SSTs de 22 de enero de 1980 y 24 de octubre de 1986.

<sup>126</sup> STS de 17 de diciembre de 1980. Es posible el ejercicio de la acción pública con el objeto de exigir el cierre de fincas por infracción urbanística.

<sup>127</sup> COSCULLUELA MONTANER, Luis, “La acción pública en materia urbanística”, Revista de Administración Pública, núm. 71, 1973.

no implica automáticamente la proliferación de recursos, también es cierto que ha dado lugar, al menos en la grandes ciudades, a la aparición de una picaresca forense extremadamente peligrosa. Nos referimos al profesional de la acción pública, que busca únicamente la obtención de una compensación económica del beneficiario de la medida urbanística irregular y obtenida ésta, desiste de la acción interpuesta. Esta figura próxima al chantaje no produce ningún beneficio al interés general si el actor tiene éxito en sus intenciones, ya que su objetivo no es la culminación del proceso y la obtención de una sentencia anulatoria. Al no existir un Fiscal o defensor público del interés general, la simple interposición del recurso no garantiza la feliz conclusión del proceso, dando pie a ese tipo actuaciones de los particulares, sin conexión directa con la auténtica finalidad institucional de la acción pública, que es la satisfacción del interés público mediante la anulación judicial de los actos urbanísticos contrarios al Ordenamiento.

Cuando la acción pública es ejercida ante los Tribunales, se elimina la necesidad de legitimación regulada en el art. 28 LRJC, por ello, cualquier persona que cumpla los requisitos generales de legitimación y postulación tiene abierta las puertas al recurso, con independencia de cuál sea su vecindad. No será imprescindible que el recurrente esté afectado por una determinada actuación urbanística, sino solamente cumplir con los requisitos de legitimación que establece el art. 19 de la LRJCA.

Para el art. 48 Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo<sup>128</sup>, la observancia de

---

<sup>128</sup>Art. 48 TRLS 2008: Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación

la legislación y de los instrumentos de ordenación del territorio y el urbanismo, incluye además de la tramitación de los planes urbanísticos o programas, la impugnación de licencias urbanísticas.

Como la acción pública excluye cualquier limitación subjetiva, toda persona que tenga capacidad procesal podrá deducir una pretensión procesal a cuya admisibilidad no podrá oponerse ningún obstáculo derivado de la condición del sujeto, o de una determinada aptitud en relación con la cuestión litigiosa<sup>129</sup>. También tiene legitimación para plantear la acción pública, además de las personas físicas, las personas jurídicas, existiendo dudas por parte de la doctrina sobre la legitimación de las corporaciones, asociaciones, sindicatos, etc., a que se refiere el art. 19 de la LRJCA, toda vez que este precepto sólo se reconoce para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos<sup>130</sup>.

Sobre la legitimación para la acción pública no cabe duda que también la ostenta cualquier miembro de una Corporación Local que hubiese votado en contra de los acuerdos, así como el miembro que aunque no votara en contra y sólo se abstuviera, si interpone el recurso

---

territorial y urbanística. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística.

<sup>129</sup> STS de 11 de julio de 1984.

<sup>130</sup> Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago, *“Derecho público y Derecho privado: (Reseña de publicaciones y doctrinas recientes sobre el tema de la «Administración y el Derecho privado y sobre el tema de la colaboración de particulares en el ejercicio de funciones administrativas»*, Cuaderno de Derecho público, septiembre de 1999, núm. 8, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

contencioso-administrativo como cualquier ciudadano en ejercicio de la acción pública<sup>131</sup>.

El ejercicio de la acción pública puede ejercitarse frente a cualquier acto o determinación que agreda la ordenación del territorio y el urbanismo, así como contra la inactividad de la Administración cuando infrinja el Ordenamiento jurídico. Además, este ejercicio se puede realizar aunque su titular no incoe el proceso administrativo, ni esté personado en el procedimiento, pudiendo solicitar la ejecución forzosa de una sentencia condenatoria con el objeto de hacer cumplir el ordenamiento urbanístico agredido.

Como se ha tenido ocasión de comentar con anterioridad, es requisito necesario para el ejercicio de la acción pública, que verse sobre la materia en que esté expresamente reconocida. Por ello, para que resulte admisible la acción pública en el ámbito urbanístico, será también requisito que trate sobre la materia delimitada por la Ley, y solamente se puede exigir la observancia de las normas urbanísticas para dar cumplimiento a la legalidad infringida.

Sobre los plazos para el ejercicio de la acción pública urbanística, rigen los plazos normales para cualquier recurso administrativo o contencioso-administrativo. Si lo que se trata de impugnar son actos expresos o instrumentos de ordenación, el plazo será de dos meses desde que se produce la notificación del acto o publicación del mismo, de lo

---

<sup>131</sup> STS de 24 de febrero de 1997.



contrario si la resolución es por silencio, el plazo para su ejercicio será de seis meses contados a partir del momento de producirse el silencio. El silencio en estos supuestos siempre deberá tenerse en cuenta lo declarado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 220/2003, que manifiesta que es absolutamente inaceptable que una Administración Pública que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, desatienda, primero, el incumplimiento de sus obligaciones para con los ciudadanos y, sin embargo, manifieste luego un extremado celo en la exigencia de esto. Por su parte, en caso de acudir a la vía contenciosa por inactividad de la administración, el plazo será nuevamente de dos meses, una vez que se haya consumido el plazo de tres meses que tiene la administración para llevar a cabo la actividad requerida.

Es contrario al principio de seguridad jurídica que los interesados, cualquiera que sea el tiempo que haya transcurrido, enterados de que existe un acto de ilegalidad urbanística, puedan interponer un recurso administrativo, y así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de julio de 1999, cuando alude, que el principio de seguridad exige que la definición de las situaciones jurídicas no quede indefinidamente pendiente.

Para nuestro Alto Tribunal existe un problema al momento de precisar cuál puede ser el momento inicial, en referencia a una hipotética prescripción o caducidad en los plazos, es decir, cuando caduca el derecho de los terceros si tienen intención de interponer algún tipo de recurso. Así también lo declara en su Sentencia de 11 de enero de 1972 cuando afirma *“que surge el problema de frecuente aparición en los procesos administrativos sobre validez de licencias municipales de edificación, de la*

*forma correcta en que ha de entenderse su momento inicial para computar el plazo de un mes para recurrir en reposición, por parte de los administrados que, por razones de vecindad u otra cualquiera, se vean afectados por la licencia de obras otorgada por la Administración municipal, para cuya resolución ha de distinguirse entre aquellos administrados que han comparecido en el expediente tramitado ante el Ayuntamiento para la obtención de la licencia, y aquellos otros que, no obstante hallándose se revestidos de interés y poder ser afectados por el acto de autorización, no han formulado comparecencia en el referido procedimiento administrativo, pues para estos últimos y para no perturbar la seguridad jurídica, el momento desde el que pueden impugnar la licencia otorgada, será el de la publicación del extracto del acuerdo en el Boletín de Información Municipal, si el mismo es preceptivo o lo han utilizado discrecionalmente, y en el tablón de anuncios de la Casa Consistorial, o en cualquier otro caso, desde que haya un conocimiento real de las obras de su edificación, y de su alcance más o menos detallado, a diferencia de lo que acontece en el primer caso de interesados comparecidos en el expediente, respecto a los cuales, el momento en que se inicia el plazo de impugnación en vía administrativa frente a la licencia, no puede ser otro que el de la notificación a dichos interesados del acuerdo municipal de otorgamiento de aquélla, pues a dicha notificación vienen obligado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 402.1 de la LRL y artículo 296 y 315 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales”.*

En el ámbito urbanístico para poder determinar el momento de referencia a partir desde donde comienza a correr los plazos sobre una

posible interposición de un recurso, se deberá de tener en consideración la legislación urbanística que es donde se contiene la regulación del plazo para poder accionar contra una infracción urbanística.

## **II. LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO COMO VALOR SOCIAL Y AMBIENTAL**

### **1. La ordenación del territorio como valor social constitucional**

Nuestra Constitución establece en su art. 47 que *“todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”*. Pudiéndose colegir con ello, que la ordenación del territorio es una competencia que atribuye a los poderes públicos la regulación de la utilización del suelo necesario, con la finalidad del mantenimiento de un determinado sistema social en interés general.

Un sector de la doctrina científica sostiene que la CE debe ofrecer la base referencial con el fin de poder configurar el contenido de todo bien jurídico penal. Por ello la configuración del bien jurídico penal de la ordenación del territorio ha surgido con el advenimiento del Estado Social de Derecho que proclama el art. 1.1 de la CE. Para GÓRRIZ ROYO<sup>132</sup> es

---

<sup>132</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, *“Protección penal de la ordenación del territorio. El referente constitucional en el concepto del bien jurídico-penal. ordenación del territorio”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 83.

evidente la conexión entre el advenimiento del orden constitucional a partir del 1978 y el otorgamiento de la tutela penal a nuevos bienes jurídicos, donde se incluye la ordenación del territorio, con lo que el legislador penal finalmente se ha hecho eco en el Código Penal de 1995 del sistema de valores constitucionales, tal y como se pone de manifiesto en su Exposición de Motivos.

La ordenación del territorio es un valor fundamental para la sociedad y el individuo, por ello se puede decir que es un bien jurídico constitucionalmente digno de protección. La ordenación del territorio es una competencia que la CE atribuye a los poderes públicos con el fin de que regulen la utilización del suelo necesario. Como requisito para el mantenimiento de un determinado sistema social basado en el interés general, y para la consecución de este fin, estos poderes del Estado deben de adoptar las medidas necesarias para imponer una política de ordenación y planificación, acorde con el uso social del suelo; además de la protección del suelo como recurso natural deben de hacer cumplir las condiciones constitucionalmente necesarias para el efectivo cumplimiento del derecho, a los ciudadanos a tener una vivienda digna y adecuada<sup>133</sup>.

El art. 47 de nuestra Norma Fundamental, tiene como objetivo la protección de la utilización del suelo y en su consecuencia debe evitar la especulación de este recurso natural, pero para la efectividad de su consecución se efectuara mediante la regulación de la utilización del suelo

---

<sup>133</sup>Vid. BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, “*Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 18.

acorde con el interés general. Según SÁNCHEZ DOMINGO<sup>134</sup>, para poder conseguir este objetivo se deberá de proceder a la planificación del suelo, dado que es una función básica en la cual deben de coincidir las diversas finalidades atribuidas a la ordenación. Esta planificación urbanística es una actividad pública que tiene como función la consecución de la finalidad social, convirtiéndose en el propósito fundamental de la ordenación del territorio, debiéndose de proyectar no sólo hacia el entorno urbano donde se desarrolla la vida de los ciudadanos, sino que también se debe de trazar hacia el entorno inmediato, dado que posibilita la calidad de vida en cuanto marco existencial y forma de vida<sup>135</sup>.

## **2. La ordenación del territorio como valor ambiental**

Nuestra Norma Fundamental dedica el art. 45 a la protección del medio ambiente, al reconocer a todos el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo, atribuyéndole a los poderes públicos que velen por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger, mejorar la calidad de vida, defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva, correspondiendo a los Tribunales ordinarios la violación de este derecho con la imposición de sanciones penales.

---

<sup>134</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, “*Delitos urbanísticos*”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 27 y ss.

<sup>135</sup> Vid. BASSOL COMA, Martín, “*El medio ambiente y la ordenación del territorio*”, Revista de Administración Pública, núm. 95, 1981, pág. 41-88.

Del art. 47 de la CE, se puede extraer la vinculación<sup>136</sup> entre medio ambiente y territorio, al reconocer el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, pero para ello será necesario que los poderes públicos lleven a cabo una política que regule el uso del suelo<sup>137</sup>.

De todo lo anterior se puede colegir que la ordenación del territorio en la utilización racional del suelo, es un derecho-deber de todos los poderes públicos, y que para ello se deberá de proceder a realizar una política pública con el objeto de regular los usos del suelo que conlleven a la creación, mantenimiento y mejora de los núcleos de población que repercuta en el medio ambiente, y en la creación de viviendas dignas tal como establece el mandato constitucional<sup>138</sup>.

La ordenación del territorio es el instrumento idóneo para mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos, pues con ello se evita, por ejemplo, que en un determinada zona exista una excesiva densidad de población, o un exceso de construcción de vivienda con el objeto de

---

<sup>136</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, “*Protección penal de la ordenación del territorio y medio ambiente*”, op. cit., pág. 88. Este autor, reconoce la separación entre los valores ordenación del territorio y medio ambiente, al declarar, que parece constitucionalmente aceptada, pues aunque tengan muchos puntos de contactos, en especial el lograr una mejor calidad de vida, los enfoques de ambos son distintos.

<sup>137</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, “*Delitos urbanísticos*”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 33. Este mandato está igualmente implícito en el art. 45.1 de la CE, de ahí la conexión entre el valor ordenación del territorio y medio ambiente. No obstante, existe un matiz diferencial entre ambos preceptos, puesto que al aludir el propio texto constitucional en el art. 45 al mandato de que los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales se viene aceptando comúnmente que la protección de los recursos naturales implica no sólo el suelo sino que abarca igualmente al subsuelo, agua y aire.

<sup>138</sup> El derecho a una vivienda digna está relacionado con el art. 10.1 de la CE al establecer, “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”.

preservar espacios para zonas verdes, zonas deportivas o parques infantiles<sup>139</sup>.

La calidad de vida no sólo dependerá de la utilización racional del suelo, sino que dependerá igualmente de la utilización que se haga por parte de los poderes públicos, de todos los recursos naturales, así como de las medidas adoptadas tendentes a la defensa y restauración del medio ambiente. Existen autores que manifiestan que la calidad de vida se considera como un elemento unificador del valor ordenación del territorio y medio ambiente, dado que contribuye a la satisfacción del bienestar social, y que la forma de utilización del suelo depende muy estrechamente, tanto de la calidad de vida, como del medio ambiente<sup>140</sup>.

En nuestra opinión y de acuerdo con lo establecido en la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, el medio ambiente y la ordenación del territorio son dos valores que propugnan el derecho de todos a una vivienda digna, *“La Constitución española de 1978, establece un nuevo marco de referencia para la materia, tanto en lo dogmático como en lo organizativo. La Constitución se ocupa de la regulación de los usos del suelo en su artículo 47, a propósito de la efectividad del derecho a la vivienda y dentro del bloque normativo ambiental formado por sus artículos 45 a 47, donde cabe inferir que las diversas competencias concurrentes en la materia deben de contribuir de manera leal a la política de utilización racional de los recursos naturales y culturales, en particular el territorio, el suelo y el patrimonio urbano y arquitectónico, que son el*

---

<sup>139</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, *“Delitos urbanístico”*, op. cit., pág. 35.

<sup>140</sup> Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *“El urbanismo ante el derecho”*, Revista de derecho urbanístico y medio ambiente, enero-febrero de 1981, núm. 71.

*soporte, objeto y escenario necesario de aquélla al servicio de la calidad de vida. Pero además, del nuevo orden competencial instaurado por el bloque constitucional, según ha sido interpretado por la doctrina del Tribunal Constitucional, resulta que a las Comunidades Autónomas les corresponde a su vez ejercer ciertas competencias que inciden sobre la materia, pero debiendo evitar condicionarla en lo posible*". Sostiene SÁNCHEZ DOMINGO<sup>141</sup> que el artículo 47 de la Constitución española es una concreta manifestación del derecho al medio ambiente contenido en el art. 45, debiéndose reconocer que la utilización racional del suelo acorde a la función pública de planeamiento, tiene una incidencia bien directa o indirecta, no sólo en el desarrollo físico y biológico del hombre, sino también en el desarrollo de su personalidad.

### **III. EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA O ÚLTIMA RATIO EN LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO**

Los bienes jurídicos tienen en el Derecho Penal un instrumento para su protección, aunque no es el único, dado que este derecho solamente interviene en la última fase, cuando el delito se ha manifestado, de ahí, que surja el llamado principio de intervención mínima del Derecho Penal, debiendo ser la *última ratio* de la política social del Estado, en la protección de los bienes jurídicos más importantes, frente a las violaciones más graves. Esta última intervención del derecho penal es lo que se conoce como principio de intervención mínima, que exige que el sistema penal de

---

<sup>141</sup>SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, "*Delitos urbanísticos*", op. cit., pág. 36.



control social sólo actúe frente a las agresiones más graves, no pudiendo intervenir contra meras irregularidades o ilegalidades urbanísticas, pues éstas encontrarán su mecanismo de control en el orden Contencioso-Administrativo. El sistema penal posee un carácter fragmentario y es la *ultima ratio* sancionadora, de ahí, que el derecho penal no sancione todas las acciones contrarias a derecho ni las que lesionan el bien jurídico, tan sólo castigará las violaciones más peligrosas, pues el objetivo es defender no la simple infracción de la legalidad administrativa, sino todo lo contrario, el incumplimiento de la normativa administrativa que incida de forma significativa en las personas y en la comunidad, con un perjuicio potencial.

Del principio de subsidiariedad se puede extraer que el Derecho Penal es la *última ratio*, debiendo ser el último recurso que debe de utilizar el Estado cuando se carece de otros menos lesivos. Aunque el Derecho Penal sólo debe proteger bienes jurídicos, esto no quiere decir que todo bien jurídico tenga que ser protegido por el Código Penal, así como, tampoco que en todas las violaciones a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba de tener intervención el Derecho Penal. El principio de intervención mínima está integrado por dos postulados que el Derecho Penal debe de utilizar en los casos extraordinariamente graves, y cuando no existan otros recursos, al haber fracasado los otros instrumentos de protección menos gravosos. El primero, el llamado "*fragmentario*" consiste en que el Derecho Penal sólo debe intervenir frente a las conductas que ataquen a las reglas mínimas de la convivencia de las personas y esos comportamientos resulten muy graves. El segundo, de naturaleza subsidiaria tiene como misión que la intervención penal sólo será lícita en aquellos casos en los que el Estado haya agotado todos los recursos o posibilidades no penales

con el objetivo de prevenir el delito, como son las culturales, educacionales, asistenciales y política general.

El principio de intervención mínima forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el Derecho Penal: ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino sólo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes; y ser un derecho subsidiario que tiene como *ultima ratio*, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal<sup>142</sup>.

Como hemos tenido ocasión de mencionar, el medio ambiente es un valor protegido constitucionalmente, que el derecho y el deber de conservarlo está proclamado en el art. 45.1 de la CE, y para quienes violen estos derechos, en los términos que fije la ley se establecerán sanciones penales, o en su caso, administrativas, aconsejándose no acudir con demasiada facilidad al principio de intervención mínima cuando se trata de defenderlo mediante la imposición de sanciones legalmente previstas a los que lo violan.

Cuando se criminaliza atentados contra bienes jurídicos especialmente valiosos, como es el caso de la ordenación del territorio y el urbanismo, o el medio ambiente, por su incidencia social, entendemos

---

<sup>142</sup> STS de 13 de octubre de 1998, viene a declarar que reducir la intervención del derecho penal, como *ultima ratio*, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la *praxi* judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien le incumbe decidir, mediante fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.

justificada la intervención del Derecho Penal, aunque es cierto que estas acciones también pueden ser sancionadas por la normativa administrativa urbanística, pero el principio de legalidad aconseja que por mandato del legislador, estas conductas tengan una sanción más contundente, en consideración a la especial relevancia de los bienes jurídicos protegidos, la falta de concienciación social que conlleva a la indisciplina urbanística y la carencia o fracaso de la administración para impedir estas conductas ilícitas.

El principio de intervención sólo se entiende cabalmente si se sitúa en el contexto del cambio social en el que se produce una tendencia a la discriminatorización de ciertos actos, –los llamados delitos de bagatela o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social–, pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos<sup>143</sup>.

El Derecho Penal actúa en la protección penal del medio ambiente de forma accesoria y subsidiaria con respecto al Derecho Administrativo. Una cosa es que la realización del delito contra el medio ambiente presuponga que sea grave el delito para la salud de las personas o el perjuicio en las condiciones de la vida animal o vegetal derivado de la acción típica, y otra completamente distinta que no sea acorde con la relevancia del bien jurídico protegido.

La doctrina para justificar la intervención del Derecho Penal mínimo, entiende que la tutela penal debe revestir un carácter fragmentario, es decir, el resorte para accionar el mecanismo punitivo, debe ser la constatación de

---

<sup>143</sup> STS 7/2002, de 19 de enero.

que el bien es digno, susceptible y necesitado de tutela penal, de manera que la misma se otorga porque el bien jurídico protegido es agredido de modo grave e intolerable; a su vez, la tutela penal debe de manifestar un carácter subsidiario respecto a los restantes instrumentos que desempeñan funciones de tutela en el ordenamiento jurídico, de manera que la constatación de que todos ellos son ineficaces en dicha función, - de que la sociedad y el Estado no pueden o no saben ayudarse de otra manera-, justificar acudir al Derecho Penal, que se revela así como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico.

El principio de intervención mínima o de subsidiariedad del Derecho Penal, implica que esta rama del derecho, y en su consecuencia, la sanción penal, que es la más grave de las que dispone el Estado y la que produce mayor privación o intimidación en los bienes jurídicos de los ciudadanos, sólo ha de utilizarse cuando no existe la posibilidad de articular otros instrumentos no penales para restablecer el orden jurídico conculcado, como desde luego pueden ser las medidas y sanciones civiles o administrativas<sup>144</sup>.

Del principio de intervención mínima y concretamente del carácter fragmentario del Derecho Penal, se desprende que su protección no alcanza a todos los bienes jurídicos, sino sólo a aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose además su tutela a las conductas que atacan de manera más intolerable tales bienes, de forma que actuarán sus normas únicamente cuando el orden jurídico sólo pueda ser preservado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal, y en consecuencia, en referencia a los delitos sobre la ordenación del

---

<sup>144</sup> SAP Málaga de 19 de enero de 2000, ARP2000/246.

territorio y el urbanismo, el art. 319 del Código Penal, se debe de interpretar de una forma restrictiva del Derecho Penal y sus sanciones para las conductas que causen graves daños a la ordenación del territorio, debiendo estas acciones de coincidir con aquellas actuaciones urbanísticas que requieren un mínimo potencial económico<sup>145</sup>.

El hecho de que una infracción sobre la ordenación del territorio y el urbanismo pueda ser merecedora de un ilícito penal y una calificación del Derecho Administrativo Sancionador, no supone que la intervención del Derecho Penal tenga que plegarse ante las normas sancionadoras urbanísticas, pues para nuestra opinión, debería de ser a la inversa, que cuando la conducta infractora tiene la calificación y tipificación de la acción penal y cuando el bien jurídico protegido es merecedor de una sanción penal, es preferente el Derecho Penal en detrimento del Derecho Administrativo Sancionador. El Derecho Penal es el instrumento legítimo del *ius puniendi* del Estado en relación con las acciones infractoras, que el legislador estime que tiene un contenido antisocial y que deben de ser sancionadas por el Derecho Penal.

---

<sup>145</sup> BLANCO LOZANO, Carlos, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit. pág.189. Vid. también, SAP de Cádiz de 24 de enero de 2000, ARP 2000/675.

En los delitos urbanísticos<sup>146</sup> la ordenación adecuada del territorio fue considerada por nuestro vigente Código Penal como una conducta protegida penalmente, y su violación es contraria al orden social, y en su consecuencia, el legislador estableció una sanción penal para los autores de ejecuciones de construcciones o edificaciones en suelo que tuvieran la clasificación de *no urbanizable* y *no autorizable*. Por ello, con el objetivo de reprimir estas acciones arbitrarias en contra de la legalidad urbanística, es por lo que el legislador dispuso el mecanismo de la pena como remedio para que las autoridades competentes pudieran cumplir con la misión de la aplicación de la legalidad urbanística.

Como hemos tenido ocasión de comentar con anterioridad el Derecho Penal es un medio legítimo para hacer cumplir con la legalidad urbanística, y apelando al principio de legalidad y de tipicidad, se pueden reprimir las acciones contrarias a la planificación urbanística.

---

<sup>146</sup> SAP de Jaén (Sección 3ª), Sentencia núm. 56/2007 de 9 marzo ARP 2007\437: Los nuevos tipos penales que integran el título XVI, libro II del Código Penal de 1995 y concretamente los descritos en el Capítulo I bajo el epígrafe “*de los delitos sobre la ordenación del territorio*”, denominados también delitos urbanísticos, no dejan de constituir la traducción penal de infracciones administrativas preexistentes, lo que plantea problemas de diversa índole, que incluso afectan al principio de legalidad, si tenemos en cuenta la suma de conceptos normativos extrapenales que conllevan y en muchos casos su naturaleza de normas en blanco, habiéndose cuestionado incluso la vigencia del principio de intervención mínima que debe tener en cuenta el legislador en relación con la legislación penal. No obstante, la indisciplina urbanística generalizada y la falta de efectividad de la actuación administrativa sin duda ha llevado a aquel a la introducción de la respuesta penal en los supuestos definidos en el Código de 1995. Sin embargo, ello si debe ser un punto de partida para el intérprete en el entendimiento de que las infracciones administrativas descritas en la norma penal deben alcanzar “*per se*” un contenido de gravedad suficiente, lo que no será fácil decidir siempre. Desde esta perspectiva la reiteración o exasperación de las conductas atentatorias contra el bien jurídico protegido por la norma penal debe alcanzar entidad suficiente para justificar su aplicación (Sentencia del Tribunal Supremo 1.250/2001 de 26 de junio . En el mismo sentido el Auto del Tribunal Constitucional núm. 395/2004 de 19 de octubre , refiriéndose al bien jurídico protegido por estos delitos concluye que el interés tutelado es preservar la regulación de la utilización del suelo, y tal regulación es un mandato dirigido a los poderes públicos que aparece expresamente previsto en el artículo 47 de la Constitución Española. Sin perjuicio de ello, además su tipificación no aparece dirigida a penalizar cualquier vulneración de aquella regulación, sino exclusivamente aquellas conductas referidas a intervenciones no autorizables y sobre suelos no urbanizables.

En los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo no existe una aplicación extensiva en la intervención del Derecho Penal, ni una invasión al Ordenamiento sancionador administrativo, sino todo lo contrario, la existencia de regulación de conductas, por su relevancia social y porque el legislador las ha tipificado, tienen la consideración de ilícitos penales<sup>147</sup>.

En los delitos urbanísticos, la interpretación que se da a la intervención mínima del Derecho Penal, es que su aplicación solamente tiene cabida cuando no existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para el restablecimiento de la legalidad urbanística alterada, pues la apelación a la intervención del Derecho Penal como mecanismo para la resolución de los conflictos del Derecho Urbanístico, es la última razón a la que se debe acudir, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos.

Para BLANCO LOZANO<sup>148</sup>, el Código Penal no ha pretendido elevar a la categoría de infracción penal toda infracción administrativo-urbanística, sino sólo algunas de ellas, pretendiendo castigar los más graves ataques al suelo o el espacio común, en su condición de bien colectivo o sometido al interés social, que es lo que le otorga el bien jurídico digno de protección penal a esos lugares mencionados y en los que no sería posible, en ningún caso la libre actuación urbanística. Este criterio configurador, que pretende respetar el carácter de *última ratio* del Derecho Penal, y que lleva consigo el respeto del ámbito propio del derecho administrativo

---

<sup>147</sup> SAP de Madrid (Sección 1ª), Sentencia 464/2004 de 26 de octubre y SAP de Burgos (Sección 1ª), Sentencia de 29 de marzo de 2003.

<sup>148</sup> BLANCO LOZANO, Carlos, “El delito urbanístico”, op. cit., pág. 28 y ss.

sancionador, precisa además del instrumento interpretativo estricto de los elementos configuradores de la norma.

Justificada la legitimidad constitucional del bien jurídico *ordenación del territorio*, el paso siguiente es la necesidad de proceder a su tutela por el Derecho penal, en consideración a la relevancia social y al interés preferente, como consecuencia a las graves violaciones o ataques que se vienen sufriendo a estos tipos de bienes por parte de la sociedad. Por ello, la intervención del Estado, a través de sus instrumentos o recursos represores, sólo resultará justificada cuando sea necesario para obtener la convivencia dentro de un Estado social y democrático de Derecho.

Como se ha mencionado con anterioridad a lo largo de este epígrafe, el principio de intervención mínima del Derecho penal, abarca a su vez el principio de fragmentariedad y de subsidiariedad, definiéndose aquel, como el principio de que no todas las ofensas que se dirigen contra bienes jurídicos están necesitados de la respuesta punitiva, sino solamente en las vulneraciones más graves y más intolerables que pueda sufrir el bien jurídico ordenación del territorio, es decir, la intervención penal solamente puede aparecer cuando este bien sea vulnerado de forma grave<sup>149</sup>, debiendo aparecer el Derecho penal como *ultima ratio*, o en otras palabras, como el último recurso para sancionar las acciones antijurídicas con intervención en última instancia, cuando los restantes medios a disposición del Derecho han resultado ineficaces. De ahí, que el principio de intervención mínima se convierta en un límite impuesto al legislador en la imposición de sanciones penales, debiendo ser este principio invocado para determinar si la ordenación del territorio es un bien jurídico penal digno y necesitado de

---

<sup>149</sup> MIR PUIG, Santiago, “Introducción a las bases al Derecho Penal”, Editorial Iustel, Madrid, 2011, pág. 365.



tutela penal, cuando éste bien es agredido muy gravemente. Para SÁNCHEZ DOMINGO, la tutela penal debe manifestar un carácter subsidiario respecto a los restantes instrumentos que desempeñan funciones de tutela en el Ordenamiento jurídico, resultando que la constatación de todo ello resulta ineficaz en el ejercicio de la función de tutela que debe desarrollar, lo que justifica acudir al Derecho Penal<sup>150</sup>. La doctrina sostiene que puede resultar discutible y llamativo que el Derecho penal de los delitos urbanísticos recurra a un modelo de accesoriedad respecto al Derecho Administrativo que al menos resulta ser de accesoriedad de acto, en cuyo supuesto el ilícito penal se hace depender del incumplimiento del acto administrativo.

---

<sup>150</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 44.

## CAPITULO III

### EL TIPO BASICO DEL ARTÍCULO 319.2 DEL CODIGO PENAL

#### I INTRODUCCIÓN

Tras la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, el art. 319.1 castiga a las personas que tengan la condición de promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcciones y edificaciones no autorizables en los tipos de suelos calificados como 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, estando estas conductas delictivas penadas con prisión de uno a seis meses, a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso, la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años. Por el contrario, si el tipo delictivo lo es sobre suelo no urbanizable, las penas varían con respecto al apartado primero comentado, que serán de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses.

A partir de ahora nos centraremos en las obras de construcción, edificación y urbanización que se ejecuten sobre suelo no urbanizable que se incluyen en el tipo básico del apartado 2º del art. 319, dejando para posterior epígrafe los delitos agravados del apartado 1º del mismo artículo.

## I. DELITOS COMETIDOS SOBRE EL SUELO NO URBANIZABLE

### 1. Concepto de suelo no urbanizable

Antes de profundizar sobre qué es lo que se entiende como suelo no urbanizable<sup>151</sup>, a los efectos de incluirlo como el bien jurídico protegido incardinado dentro de los elementos del tipo regulado en el art. 319.2, sería conveniente clarificar que no toda la protección de suelo no urbanizable está incluida en el precepto del apartado segundo de este artículo. El legislador ha querido deslindar los delitos urbanísticos cometidos sobre el suelo no urbanizable común, como régimen general, y el suelo no urbanizable de especial protección, en consideración a sus valores agrícolas, como también aquellos valores que sean dignos de protección por las Comunidades Autónomas<sup>152</sup>.

En este sentido se refería el derogado art. 9 de la LRSV, Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (derogada por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, que disponía que *“Tendrán la condición de suelo no urbanizable, a los efectos de esta Ley, los terrenos en que concurren alguna de las circunstancias siguientes:*

1. *Que deban incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación*

---

<sup>151</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, *“Derecho Penal. Parte Especial”*, Editorial Tirant lo Blanch, 18ª edición, Valencia, 2010, pág. 571. Para la interpretación de qué es lo que se entiende por “suelo no urbanizable” hay que tener en cuenta la clasificación que la normativa administrativa, constituida no sólo por las leyes estatales, sino también por los planes de ordenación urbana y las leyes autonómicas, hace de los distintos tipos de terreno.

<sup>152</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, *“Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pág. 236.

*de acuerdo con los planes de ordenación territorial, o la legislación sectorial, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público.*

2. *Que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para el desarrollo urbano, bien por imperativo del principio de utilización racional de los recursos naturales, bien de acuerdo con criterios objetivos de carácter territorial o urbanísticos establecidos por la normativa urbanística.*

Actualmente el legislador, a través de la ley 8/2007, de 28 de mayo, incorporado posteriormente por el texto refundido 2/2008, con el objeto de aumentar la oferta del suelo; el suelo no urbanizable ha dejado de ser una clase residual, para convertirse en principal en atención a los valores que el legislador considera incompatibles con el proceso del desarrollo urbano.

Establece el art. 12 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo, que todo el suelo se encuentra en una de las situaciones básicas de suelo rural o de suelo urbanizado, considerando en la situación rural lo siguiente: *Está en situación de suelo rural, en todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de*

*dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística. También el suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización.* Para MUÑOZ CONDE<sup>153</sup>, en referencia a las situaciones básicas del suelo rural o de suelo urbanizado establecido en el art. 12 del Real Decreto Legislativo 2/2008, no coincide con la terminología utilizada en el art. 319.2 del Código Penal, por lo que habrá que hacer una reinterpretación de la misma conforme a la nueva Ley del Suelo, dado que la única situación que puede ser calificada a los efectos del art. 319.2 como “*suelo no urbanizable*” y, por tanto, la edificación realizada sobre él como “*no autorizable*”, es la descrita en el apartado 2 a) del art. 12 del RD Legislativo 2/2008.

La ley define las facultades que podrán ejercerse de conformidad con la clasificación urbanística<sup>154</sup>, su utilización, urbanización y edificación que se realizarán con las limitaciones que le atribuyan tanto la ley como el planeamiento de aplicación.

---

<sup>153</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, op. cit., pág. 571.

<sup>154</sup> Vid. Artículo 7 de Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.

El Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 (TRLRDU de 2008) aunque reduce a dos las categorías del suelo, mantiene realmente las tres categorías de las anteriores leyes. Los dos estados básicos en que puede encontrarse el suelo según sea su situación actual, rural o urbana, se pueden dividir en tres categorías, pues en suelo no urbanizable, se puede incluir el suelo preservado de su transformación mediante la urbanización y el suelo urbanizable se corresponde con el susceptible de transformación. En estos momentos se puede distinguir el suelo rural no susceptible de urbanización, el suelo rural susceptible de urbanización y el suelo urbano.

A partir de ahora nos limitaremos a comentar el suelo rural no susceptible de urbanización que coincide con la denominación de suelo no urbanizable de la legislación anterior estatal y las legislaciones de las Comunidades Autónomas actuales.

La derogada LRSV regulaba en su art. 9 dos reglas para establecer la condición de suelo no urbanizable; la primera *“los que deban incluirse en esta clase de suelo por estar sometidos a algún régimen de especial protección incompatible con su transformación de acuerdo con lo previsto en el planeamiento territorial o sectorial, a causa de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público”*; y la segunda regla nos remite a *“que el planeamiento general considere necesario preservar los valores que se han enunciado en la regla primera, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para el desarrollo urbano”*.

Sin embargo el nuevo art. 12 del RDLg. 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo, considera que está en situación de suelo rural, *“En todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística. El suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización, y cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el apartado siguiente”*.

## **2. Utilización del suelo rural**

Los terrenos que se encuentren en el suelo rural se utilizarán de conformidad con su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales. Con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de

ordenación territorial y urbanística, podrán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social por su contribución a la ordenación y el desarrollo rural o porque hayan de emplazarse en el medio rural.

Están prohibidas las parcelaciones urbanísticas de los terrenos en el suelo rural, salvo las que hayan sido incluidos en el ámbito de una actuación de urbanización, en la forma que determine la legislación de ordenación territorial y urbanística.

Desde que los terrenos queden incluidos en el ámbito de una actuación de urbanización, únicamente podrán realizarse en ellos:

Con carácter excepcional, usos y obras de carácter provisional que se autoricen por no estar expresamente prohibidos en la legislación territorial y urbanística o la sectorial. Estos usos y obras deberán cesar y, en todo caso, ser demolidas las obras, sin derecho a indemnización alguna, cuando así lo acuerde la Administración urbanística. La eficacia de las autorizaciones correspondientes, bajo las indicadas condiciones expresamente aceptadas por sus destinatarios, quedará supeditada a su constancia en el Registro de la Propiedad de conformidad con la legislación hipotecaria.

El arrendamiento y el derecho de superficie o de las construcciones provisionales que se levanten en ellos, estarán excluidos del régimen especial de arrendamientos rústicos y urbanos, y, en todo caso, finalizarán automáticamente con la orden de la Administración urbanística acordando la demolición o desalojo para ejecutar los proyectos de urbanización.

Obras de urbanización cuando concurren los requisitos para ello exigidos en la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, así



como las de construcción o edificación que ésta permita realizar simultáneamente a la urbanización.

La utilización de los terrenos con valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos, que sean objeto de protección por la legislación aplicable, quedará siempre sometida a la preservación de dichos valores, y comprenderá únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que aquella legislación expresamente autorice.

Sólo podrá alterarse la delimitación de los espacios naturales protegidos o de los espacios incluidos en la Red Natura 2000, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada.

Tiene declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de noviembre de 1997, que el suelo no urbanizable, no podrá ser dedicado a utilidades que impliquen transformación de su destino o naturaleza o lesionen el valor específico que se quiera proteger. Esto quiere decir que en suelo rural, ya sea común o de especial protección, en principio o como norma general, no se podrá ejercer actividad urbanística. Este tipo de suelo debe ser destinado al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado de la utilización racional de los recursos naturales.

Para GONZÁLEZ PÉREZ <sup>155</sup> esta vinculación a la naturaleza de los terrenos representa la tradicional condición del derecho de propiedad en esta categoría de suelo, excluyendo cualquier posibilidad de

---

<sup>155</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “Comentarios a la ley del suelo, Ley 8/2007, de 28 de mayo”, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, año 2007, pág.353.

aprovechamiento urbanístico propiamente dicho; lo que en la práctica se convierte en un fin utópico.

Este derecho de propiedad del suelo rural comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo de conformidad al estado, clasificación, característica objetiva, comprendiendo la facultad de disposición, siempre que su ejercicio no infrinja el régimen de formación de fincas y parcelas.

Las facultades del derecho de propiedad del suelo están reguladas en el TRLS de 2008, en su artículo 8 que establece:

*“1. El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación aplicable por razón de las características y situación del bien. Comprende asimismo la facultad de disposición, siempre que su ejercicio no infrinja el régimen de formación de fincas y parcelas y de relación entre ellas establecido en el artículo 17. Las facultades a que se refiere el párrafo anterior incluyen:*

*La de realizar las instalaciones y construcciones necesarias para el uso y disfrute del suelo conforme a su naturaleza que, estando expresamente permitidas, no tengan el carácter legal de edificación.*

*La de edificar sobre unidad apta para ello en los términos dispuestos en la letra “d” del artículo 6, cuando la ordenación territorial y urbanística atribuya a aquella edificabilidad para uso o usos determinados y se cumplan los demás requisitos, y condiciones establecidos para edificar.*

*Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística. Su denegación deberá ser motivada.*

*En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística.*

*La de participar en la ejecución de las actuaciones de urbanización a que se refiere la letra “a” del apartado 1 del artículo 14, en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación.*

*Para ejercer esta facultad, o para ratificarse en ella, si la hubiera ejercido antes, el propietario dispondrá del plazo que fije la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, que no podrá ser inferior a un mes, ni contarse desde un momento anterior a aquél en que pueda conocer el alcance de las cargas de la actuación y los criterios de su distribución entre los afectados.*

*2. Las facultades del apartado anterior alcanzarán al vuelo y al subsuelo sólo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público”.*

Sobre el contenido del derecho de propiedad en el suelo rural, o que esté vacante de edificación el deber de conservarlo, supone mantener los terrenos y su masa vegetal en condiciones de evitar riesgos de erosión, incendio, inundación, para la seguridad o salud pública, daño o perjuicio a terceros o al interés general, incluido el ambiental; prevenir la contaminación del suelo, el agua o el aire y las inmisiones contaminantes

indebidas en otros bienes y, en su caso, recuperarlos de ella; y mantener el establecimiento y funcionamiento de los servicios derivados de los usos y las actividades que se desarrollen en el suelo.

El ejercicio de las facultades de realizar las instalaciones y construcciones que sean necesarias para el uso y el disfrute del suelo y la de edificar sobre unidad apta para ello, en terrenos que se encuentren en el suelo rural y que no estén sometidos al régimen de una actuación de urbanización, comporta para el propietario las obligaciones, de costear y ejecutar las obras y los trabajos necesarios para conservar el suelo y su masa vegetal en el estado legalmente exigible, o para restaurar dicho estado de conformidad con la normativa vigente de aplicación; satisfacer las prestaciones patrimoniales que se establezcan con el objeto de legitimar usos privados del suelo no vinculados a su explotación primaria, y costear y ejecutar, si procede, las infraestructuras de conexión de la instalación, la construcción o la edificación con las redes generales de servicios con el fin de hacer entrega a la Administración competente para su incorporación al dominio público.

### **3. El derecho a edificar en suelo rural**

Como antes se ha apuntado, el suelo rural debe de ser destinado al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales. No siendo menos cierto, que a pesar de los límites que tenga el suelo, bien sea común o especial, existe el derecho a edificar, siempre y cuando lo sea según su propio destino y se haya obtenido las correspondientes autorizaciones especiales y

excepcionales. Estas construcciones o edificaciones que se pretendan ejecutar en suelo rural serán exclusivamente las necesarias y afectarán a la actividad de la explotación agrícola, forestal, ganadera y cinegética, así como también las viviendas o habitaciones de los trabajadores que presten sus servicios en la actividad económica.

Los Ayuntamientos o en su caso la Administración competente, deberán comprobar y velar que este derecho de edificar y las construcciones que se vayan a ejecutar en suelo rural, estén destinadas a la explotación del suelo según su destino. Sostiene GONZÁLEZ PÉREZ<sup>156</sup>, que no basta una explotación encubierta, ficticia, como a veces ocurre, tanto a estos efectos como a los del impuesto sobre el incremento del valor del terreno, así como que la propia edificación o instalación sea necesaria a la explotación, no pudiéndose ejecutar otras construcciones que las que tengan como destino la explotaciones agrícolas que guarden relación con la naturaleza y destino de la finca. Para el Tribunal Supremo<sup>157</sup>, deberá denegarse la autorización cuando, aun existiendo explotación agropecuaria, no se acredita la vinculación de la construcción a la misma.

---

<sup>156</sup> Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “Comentarios a la ley del suelo, Ley 8/2007, de 28 de mayo”, op. cit., pág. 358.

<sup>157</sup> El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) en su Sentencia de 14 marzo 2000, declara que el artículo 86, en relación con el artículo 85 de la Ley del Suelo de 1976, establece dos tipos de procedimiento para el otorgamiento de licencias de obra en suelo no urbanizable, a saber, el normal u ordinario, regulado esencialmente en el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, respecto de las construcciones destinadas a explotaciones agrícolas y de las vinculadas a la ejecución, entretenimiento y servicio de las obras públicas, y el especial o extraordinario previsto en los artículos 43.3 de la Ley del Suelo y 44 del Reglamento de Gestión Urbanística, para las licencias atinentes a edificaciones o instalaciones de utilidad pública o interés social o a edificios aislados destinados a vivienda familiar cuando no exista posibilidad de formación de núcleo de población.

#### **4. Edificaciones de utilidad pública e interés social en suelo rural**

Las edificaciones y construcciones de utilidad pública e interés social que se ejecuten en suelo rural, se establecerán con carácter excepcional y por el procedimiento y condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, pudiéndose legitimar actos y usos específicos que sean de interés público o social, por su contribución a la ordenación y al desarrollo rural, o porque hayan de emplazarse en el medio rural.

El objeto de estas actuaciones en suelo rural, que comportan un aprovechamiento cuasi urbanístico, es la realización de construcciones, edificaciones, obras e instalaciones con el fin de poder implantar usos de infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos públicos, así como para usos industriales, terciarios y, turísticos no residenciales. Para las actuaciones de interés público en suelo rural, será necesario tramitar ante el Ayuntamiento correspondiente la aprobación de un Plan Especial o Proyecto de Actuación. Siendo también requisito que el terreno donde se pretenda la instalación de este tipo de actuaciones, no esté sometido a un régimen especial de protección incompatible con su transformación, en razón con sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, artísticos o culturales, o en función de sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público.

La justificación de esta actuación de interés público o social surge por la necesidad y tendencia, no vinculadas a la preservación de los valores o recursos naturales, sino al ritmo de la vida actual, vinculada al creciente interés por los usos turísticos y las actividades de ocio, recreo y deportes,

que son las que, en definitiva, van a justificar el interés social o público de las obras e instalaciones en el suelo rural<sup>158</sup>.

Sobre el requisito de la procedencia o necesidad de que el emplazamiento de la actividad de la utilidad pública se realice en el medio rural, ha sido un acierto en la regulación establecida en la de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía<sup>159</sup>, que a diferencia de otras legislaciones, exige que la implantación de la explotación o actividad se realice en el medio rural o que no sea incompatible, pues con anterioridad el requisito era, que la utilidad pública o social no pudiese emplazarse en otro tipo de suelo.

El Tribunal Supremo<sup>160</sup> ha manifestado en reiteradas sentencias que la declaración de utilidad pública o interés social, no es una potestad discrecional sino un concepto jurídico indeterminado. El emplazamiento en el medio rural no forma parte de la discrecionalidad administrativa, no pudiendo considerarse el ejercicio de la potestad autorizatoria como restrictiva, pese a la excepcionalidad de los supuestos de su ejercicio.

Las interpretaciones para determinar si el emplazamiento de la actividad de utilidad pública o interés social es muy diversas, en un caso se deniega como sucede en la implantación de un casino de juego (STS 04-10-1983), un edificio que tenía como fin social destinado a teatro (STS 29-01-

---

<sup>158</sup>Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “Comentarios a la ley del suelo, Ley 8/2007, de 28 de mayo”, op. cit., pág. 367.

<sup>159</sup> Vid. el artículo 42.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA) donde se dispone que son actuaciones de interés público en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable las actividades de intervención singular, de promoción pública o privada, con incidencia en la ordenación urbanística, en las que concurren los requisitos de utilidad pública o interés social, así como la procedencia o necesidad de implantación en suelos que tengan este régimen jurídico.

<sup>160</sup> STS de 5 de junio de 1995, RJ 1995/5037.

1992). Sin embargo, en otros casos, es procedente la instalación de un centro comercial (STS 12-07-1984), un campo de golf (STS 05-06-1995), y un centro penitenciario (STS 22-01-1996).

Es también requisito esencial, la exigencia de una autorización especial con el objeto de garantizar previamente que los edificios e instalaciones van a cumplir los requisitos que dispone la normativa urbanística de aplicación. Esta autorización no la otorga el Ayuntamiento respectivo, sino el órgano de la Comunidad Autónoma que tenga atribuidas las competencias en materia de ordenación del territorio y el urbanismo.

Esta autorización debe ser previa a la licencia que concede el órgano municipal<sup>161</sup>, teniendo un objetivo distinto al de la licencia, pues mientras la autorización tiene como fin la comprobación de la utilidad pública o interés social de la instalación, la licencia lo es para determinar si se reúne los requisitos para edificar o los usos.

Además de todos los requisitos que se han señalado, el promotor de la actividad deberá asumir unas mínimas obligaciones con el objeto de poder reforzar la utilidad pública o el interés social, como pueden ser las obligaciones correspondientes a los deberes legales que se deriven del régimen de la clase de suelo rural. También tendrán la obligación de asumir

---

<sup>161</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo de 19 de mayo de 2000, tiene declarado que “La jurisprudencia de esta Sala ha advertido en forma constante que la construcción sobre suelo no urbanizable de edificaciones o instalaciones de utilidad pública o interés social que hayan de emplazarse en el medio rural está sujeta a la obtención de dos actos de autorización distintos: 1) La autorización del órgano competente de la Comunidad Autónoma respectiva, a efectos de intervenir en la implantación en un suelo no destinado a recibirla de una construcción que sólo en determinados supuestos puede emplazarse en él; 2) Una vez se haya obtenido esta primera autorización resulta necesaria la licencia de obras y de actividad del Ayuntamiento correspondiente, que se otorga por medio del procedimiento previsto en el artículo 9 del RSCL. y, en su caso, del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas”.



el pago de la prestación compensatoria en suelo rural y la constitución de una garantía<sup>162</sup>.

Esta garantía normalmente será de un importe mínimo del diez por ciento del coste total de la inversión que se vaya a realizar, siendo su finalidad principal, la prevención de las posibles infracciones de su promotor, así como la restitución de los terrenos cuando finalice la actividad o explotación económica.

## **5. La prohibición de las parcelaciones urbanísticas en suelo rural**

La prohibición de las parcelaciones urbanísticas, están reguladas en el apartado segundo del art. 13 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del suelo, disponiendo *“Están prohibidas las parcelaciones urbanísticas de los terrenos en el suelo rural, salvo los que hayan sido incluidos en el ámbito de una actuación de urbanizaciones en la forma que determine la legislación de ordenación territorial y urbanística”*. La derogada Ley 6/1998, en su art. 20.2, también señalaba que no podían efectuarse divisiones, segregaciones o fraccionamientos en contra de la legislación agraria. La Ley de Reforma Agraria de 1973, publicada en el BOE núm. 30 de 3 de febrero de 1973, en su art. 44 disponía *“que la división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no de lugar a una parcela de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Exceptuándose de cumplir esta unidad mínima cuando su fraccionamiento se destinaba a*

---

<sup>162</sup> Vid. GUTIERREZ COLOMINA, Venancio, *“Derecho Urbanístico de Andalucía: Régimen del suelo no urbanizable. Las actuaciones de interés público”*, Editorial La Ley, Madrid, 2004, pág. 228.

*una finalidad constructiva no agrícola*”. En igual sentido se mantiene la vigente Ley de Modernización de las explotaciones agrarias de 4 de julio de 1995.

La LOUA también prohíbe las parcelaciones urbanísticas, considerando las mismas<sup>163</sup>, en terrenos que tengan el régimen propio de suelo no urbanizable, la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes que, con independencia de lo establecido en la legislación agraria forestal o de similar naturaleza, pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos.

Que las parcelas resultantes tengan una extensión inferior a la mínima exigida para una racional explotación agraria, junto con elementos como el precio, son razones suficientes para poder calificar una parcelación como urbanística y, en su consecuencia, ilegal si es realizada en terreno clasificado como rústico<sup>164</sup>.

La ilegalidad de la parcelación debe considerarse con independencia de que la parcela resultante fuere superior a la mínima<sup>165</sup>, puesto que el

---

<sup>163</sup> Vid. artículo 67 Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía:

- a. *Los que tengan unas dimensiones inferiores o iguales a las determinadas como mínimas en el instrumento de planeamiento, salvo que los lotes resultantes se adquieran simultáneamente por los propietarios de fincas, unidades aptas para la edificación, parcelas o solares colindantes, con la finalidad de agruparlos y formar uno nuevo con las dimensiones mínimas exigibles.*
- b. *Los de dimensiones inferiores al doble de las requeridas como mínimas en el instrumento de planeamiento, salvo que el exceso de éstas se agrupe en el mismo acto a terrenos colindantes para formar otra finca, unidades aptas para la edificación, parcela y solar que tenga las condiciones mínimas exigibles.*
- c. *Los que tengan asignada una edificabilidad en función de la superficie, cuando se materialice toda la correspondiente a ésta.*
- d. *Los vinculados o afectados legalmente a las construcciones o edificaciones e instalaciones autorizadas sobre ellos*

<sup>164</sup> STS de 27 de noviembre de 1985.

<sup>165</sup> TSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia 782/2002 de 9 de julio: “*Debe recordarse que nuestro Tribunal Supremo viene señalando que la parcelación es una actividad*”

carácter urbanístico de la parcelación no debe confundirse con la dimensión mínima de la parcela edificable (STS 16 de junio de 1998).

La jurisprudencia considera la parcelación ilegal si se prueba que existe una red de energía eléctrica de baja tensión, bomba de agua que tenga como destino viviendas unifamiliares (STS 13-05-200), así como la existencia de una construcción de vías de acceso, la dotación de agua y energía eléctrica y realización de vallados.

Nuestro Alto Tribunal en referencia a la formación de un núcleo de población (STS 07-07-1997), tiene declarado que solamente basta el riesgo de que dicho núcleo surja, aunque no exista, para considerar ilegal la parcelación. Pudiéndose dar este riesgo en el momento de la división o segregación original, pero más frecuente lo determinará la transformación física del terreno<sup>166</sup>.

Todas las legislaciones, tanto a nivel estatal como autonómicas, prohíben de manera contundente la realización de parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, estando éstas consideradas como las divisiones simultáneas o sucesivas de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes que, con independencia de lo que se regula en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza, puedan inducir a la formación de nuevos asentamientos.

En el suelo, clasificado como no urbanizable o rústico, sólo se pueden realizar parcelaciones de conformidad con lo previsto en la

---

*típicamente privada, realizada por los particulares con arreglo a las normas de derecho común, ya en forma simultánea o sucesivamente. Cuando con esta operación de división de finca se puede dar lugar a constituir un núcleo de población”.*

<sup>166</sup> STS de 16 de junio de 1998.

legislaciones especiales, intentándose evitar con ello la formación en esta clase de suelo de asentamientos residenciales que carezcan de los equipamientos y las infraestructuras mínimas para atender las necesidades más básicas que demanda la población, es decir, se trata en último término, de evitar que proliferen las urbanizaciones clandestinas, llamadas también ilegales.

Para FAJARDO DE LA FUENTE,<sup>167</sup> las parcelaciones ilegales son aquéllas que surgen en el medio rural, al margen de cualquier decisión pública, hechos que dan lugar a una situación de ilegalidad y que tienen como principal manifestación, por un lado, la situación de desamparo, cuyo efecto es la insuficiencia de las prestaciones públicas que coloca a sus residentes en una clara situación de desigualdad respecto al resto de los vecinos a la hora de acceder a los servicios públicos, y por otro la baja calidad urbanística de las promociones, con implicaciones notables sobre los recursos naturales y el paisaje, que tienen una creciente incidencia sobre los valores de nuestro entorno.

Son los Planeamientos Generales, los que definen las condiciones que puedan inducir a la formación de nuevos asentamientos, encargándose de imponer las condiciones con el objeto de proteger y conservar los elementos del suelo no urbanizable de cada comunidad, debiéndose incluir en los mismos los usos que no pueden tolerarse en esta clase de suelo.

Resulta indiferente que la división de las parcelaciones sea simultánea o sucesiva, pues de lo que se trata es de evitar las segregaciones de parcelas rústicas con fines urbanísticos, como lo ha declarado el

---

<sup>167</sup> FAJARDO DE LA FUENTE, Antonio, “La pérdida de los valores paisajísticos y ambientales en el término municipal de Osuna por la proliferación de urbanizaciones ilegales”, Cuadernos de los Amigos de los museos de Osuna, núm. 5, año 2003, pág. 17.

Tribunal Supremo<sup>168</sup> cuando manifiesta que no es jurídicamente admisible que bajo el disfraz de una nominal parcelación agrícola se ejecuten verdaderas urbanizaciones y se constituyan núcleos de población, con alteración de las precisiones establecidas en el planeamiento, y con la ausencia de las obras necesarias de infraestructura imprescindibles para evitar las negativas consecuencias de servicios y calidad que ello conlleva.

Para LÓPEZ BENITEZ/PIZARRO NEVADO<sup>169</sup> no es fácil el control administrativo de este tipo de operaciones pues, en la medida en que las facultades de disposición se ejercitan en un marco estrictamente jurídico-privado, resulta casi imposible que los Ayuntamientos detecten en un inicio este proceso de segregación que puede dar lugar, si no se vigila convenientemente, a la formación de un núcleo de población. Para impedirlo la legislación urbanística debe de poner un énfasis especial en la regulación de mecanismos de carácter preventivo, superando una regulación claramente ineficiente, basada en mecanismos de índole disciplinaria y de difícil articulación con la legislación hipotecaria.

La Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía en su artículo 66.1.b), considera que en el suelo no urbanizable son actos reveladores de una posible parcelación urbanística, aquellos en los que mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en proindiviso de un terreno, o de una acción, o participación social, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte de los mismos.

---

<sup>168</sup> STS 24 de octubre de 1989 (Ar. 7482).

<sup>169</sup> LÓPEZ BENITEZ, Mariano/PIZARRO NEVADO, Rafael, “Comentario a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, *Derecho Urbanísticos de Andalucía*”, Editorial Tirant lo Blanch, 2003, pág. 193.

Interesa traer a colación las Resoluciones de la Dirección General del Registro y del Notariado de fecha 26 de junio de 1999 y de 19 de junio de 2000, donde consideran que vender cuotas indivisas de finca con el derecho anejo al uso exclusivo de una determinada porción de terreno, no es sino una parcelación fraudulenta y que, por tanto, es necesaria licencia de segregación para autorizar e inscribir esas operaciones.

Para el Tribunal Supremo,<sup>170</sup> la determinación de si una parcelación tiene o no carácter urbanístico, puede deducirse de los actos ulteriores que realiza el dueño de la finca matriz, como pueden ser la alineación de los terrenos, configuración, obras de infraestructura realizadas, y no consideración del valor agrícola de las fincas en los actos transmisivos, entre otras circunstancias.

Aunque los efectos jurídicos de las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable es su nulidad jurídica, la propia jurisprudencia<sup>171</sup> no venía estimando la nulidad de las parcelaciones entre las partes, sino las responsabilidades que conllevan esa actuación ilegal, que son las multas pecuniarias.

Como se ha comentado anteriormente, en casi todas las legislaciones de las Comunidades Autónomas, se prohíben las parcelaciones urbanísticas en los suelos clasificados como no urbanizables, y además también disponen que no puede realizarse divisiones, segregaciones o fraccionamiento de predios rústicos en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza, intentando con ello que

---

<sup>170</sup> STS de 23 de enero de 2001 (Ar. 1360).

<sup>171</sup> SSTs de 24 de diciembre de 1990, Ar. 10190; 13 de marzo de 1990, Ar. 1963; y 12 de mayo de 1987, Ar. 5252.

la preservación de la propiedad rústica sea exclusivamente agropecuaria y forestal, e impedirse la división de las fincas ubicadas en este tipo de suelo de forma independiente, y con destino a la edificación que amenaza la creación y formación de núcleos de población sin los servicios mínimos.

Para el Defensor del Pueblo Andaluz, en su Informe especial de junio de 2000, en referencia a las urbanizaciones ilegales en Andalucía, se contiene que todo el proceso irregular de las parcelaciones no hubiera tenido lugar si los poderes públicos hubieran mostrado interés, y demostrado capacidad para detener en vía administrativa y, en su caso judicial, tales procesos. De hecho, en la insuficiencia de medios, la pasividad, el no tener clara conciencia del daño social que se causa, e incluso en la connivencia en algunos casos, hay que buscar la causa última de tan clamorosa ineficacia pública, para impedir estas edificaciones, para demolerlas en su caso, y desde luego para imponer las distintas sanciones pecuniarias que la legislación urbanística prevé, y que pueden llegar a ser del doble del beneficio obtenido por el promotor de la parcelación ilegal.

Para esta Institución Andaluza, ante la reiterada excusa o justificación que muchos Ayuntamientos manifiestan sobre las quejas, que de carácter individual se presentan ante la Institución, relativas a que no actúan ante las infracciones urbanísticas por la insuficiencia de medios materiales y personales, recuerda al menos, cuando los hechos pueden ser calificados de infracción en suelo no urbanizable, pueden ser constitutivos, presuntamente de uno de los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, debiendo darse cuenta a la autoridad judicial, cuyo conocimiento de la causa en la vía procesal penal tiene carácter preferencial respecto de la vía administrativa.

## 6. Parcelaciones ilegales consolidadas

Actualmente está siendo práctica generalizada de muchos Ayuntamientos, que ante la existencia de situaciones urbanísticas ilícitas consolidadas por el transcurso del tiempo, es solución modificar el planeamiento en vigor con el objeto de proceder a la regulación para adaptar la realidad normativa a la realidad fáctica. La doctrina ha planteado en ocasiones cuál debe ser la reacción del Derecho penal en aquellos supuestos en los que se ha procedido a edificar en uno de esos núcleos urbanísticos consolidados cuando aún resultaban ilegales por contrarios al planeamiento urbanístico, habiéndose iniciado con posterioridad la correspondiente modificación de dicho planeamiento, con intención de regularizar la situación desde un punto de vista urbanístico, reconociéndose como suelo urbanizable o urbanizado lo que hasta entonces no lo era.

Es conocido por todos en toda la geografía de nuestro país, la existencia de urbanizaciones consolidadas, en las que se han ejecutado obras ilegales sin autorización en suelo no urbanizable, y que los propios Ayuntamientos inician trámites para modificar sus planes de desarrollo urbanístico, ya sean normas subsidiarias de planeamiento, o planes generales de ordenación urbanística, con el objeto de que las construcciones o edificaciones existentes puedan legalizarse<sup>172</sup>

---

<sup>172</sup> SAP Palencia 13 de octubre de 1998, tiene declarado “*que si los elementos del tipo han de referirse al momento de la construcción, como sostuvo el Ministerio Fiscal, se puede llevar al absurdo de que se condene por delito sobre la ordenación del territorio a quien ha obtenido la preceptiva autorización, e incluso ha construido en terreno que, aunque a posteriori, ha sido calificado de urbano, razón por la que la expresión no autorizable debe interpretarse en sentido restrictivo*”.



En opinión de URRAZA ABAD<sup>173</sup>, no tiene sentido, desde la perspectiva de la antijuricidad material del delito previsto en el art. 319.1 del CP, la aplicación de una sanción criminal a un ciudadano por realizar una obra en una finca una vez que las normas de planeamiento ya han sido modificadas autorizando su realización, ni podemos sostener, con carácter general, que ante el *ius variandi*, que la legislación urbanística concede a la administración, cualquier obra puede resultar legalizada de manera sobrevenida, cuando persiste la incompatibilidad de la obra llevada a cabo con las normas de planeamiento vigentes en el momento de enjuiciar los hechos.

En nuestra opinión sobre el concepto *no autorizable* consideramos que lo que actualmente está prohibido en un futuro podría permitirse, si por conciencia social se cambia la normativa urbanística del suelo, pudiéndose entender que cuando nuestra norma punitiva se refiere a no urbanizable, es que no puede la infracción ser subsanable con las leyes vigentes en la actualidad, aunque si la normativa cambia durante la sustanciación de una causa penal, si podrá verse el infractor beneficiado por esa variación o modificación legislativa.

---

<sup>173</sup> URRAZA ABAD, Jesús, “Los delitos contra la ordenación del territorio tras la reforma del Código Penal operada mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, Revista de la Abogacía núm. 8, junio 2011, Editorial Tirant lo Blanch.

### III. CONDUCTA TIPICA DEL ART. 319.2 DEL CP.

#### 1. Cuestiones previas

El tipo básico de la conducta típica está regulado en el art. 319.2 del CP, el cual dispone que, “ *se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable*<sup>174</sup>”. De esta conducta típica se destacan varios elementos o situaciones; la construcción, la edificación, urbanización, la parcelación y, el carácter de no urbanizable del suelo. Con respecto a la edificación, considerar que este concepto es más restringido<sup>175</sup> que el de construcción.

---

<sup>174</sup> SANCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*”, Editorial de la Universidad de Granada, 2012, pág. 120. La Ley Orgánica 5/2010, amplía la conducta típica del delito mediante el vocablo edificación y la expresión obras de urbanización, construcción o edificación no autorizable, ampliando las conductas típicas a las obras ilegales o clandestinas de urbanización, siendo el motivo de éstas últimas, el que pueden tener un mayor impacto sobre el territorio que las de simple construcción o edificación, a las que suelen preceder.

<sup>175</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “*Derecho Penal de la Construcción. La delincuencia urbanística*”, Editorial Comares, Granada 2012, pág. 47. El hecho de que el legislador se refiera por un lado al término “construcción” y, por otro “edificación” hace pensar que no estamos ante conceptos idénticos. En el mismo sentido se pronuncia VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “*La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 274, cuando señala en relación con las obras de edificación y construcción, es pacífica tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia en el sentido de considerar que el concepto de edificación es más restringido que el de construcción, por cuanto este último puede constituirlo toda modificación mediante obras de albañilería, entendidas ésta en sentido amplio, siempre que sean obras de cierta permanencia y de carácter fijo, sin exigir la aparición fruto de dicha actividad de un cuerpo con volumen determinado, pudiendo constituir su efecto la realización de muros u otras obras.

Toda edificación es siempre una construcción, pero no toda construcción puede ser calificada como edificación. Sostiene QUERALT JIMÉNEZ<sup>176</sup>, que la mera urbanización, construcción o edificación no bastan, dado que es necesario, además, una doble condición: que la alteración del territorio se lleve a cabo en suelo no urbanizable y que la misma no sea autorizable.

Se entiende como edificación la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:

- a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.
- b) Aeronáutico; agropecuario; de la energía; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.
- c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores.
- d) Obras de edificaciones de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.
- e) Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose

---

<sup>176</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “*Derecho Penal Español. Parte Especial*”, Editorial Atelier, 6ª edición, Barcelona, 2010, pág. 1091. En el mismo sentido, SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SERRANO MAÍLLO, Alfonso, “*Derecho penal. Parte Especial*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, pág. 635.

por tales, las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto de sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

- f) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

Construir tiene el significado de fabricar, erigir, edificar y ejecutar de nuevo una cosa, y edificar significa fabricar y hacer un edificio, entendiendo por tal toda obra o fabrica construida para habitación, vivienda, o para otros usos análogos, de donde se ha de concluir que edificar o construir no es solamente la realización de la estructura, sino que comprende todas aquellas operaciones necesarias para que el edificio u obrar construida sirva para el fin que le es propio, de tal suerte que en tanto sea necesario acometer o ejecutar obras, sin las cuales el edificio razonablemente no podría ser utilizado para el fin para el que se está construyendo o edificando<sup>177</sup>.

Se puede interpretar del precepto que estamos analizando, que no es posible cuando se alude en *“llevar a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable”* la legalización a *posteriori*, con el entendimiento que el legislador ha querido despenalizar los casos de acontecimientos de edificaciones, en que son ejecutadas obras sin contar con la preceptiva

---

<sup>177</sup> SAP de Palencia (Sección Única), de 17 de marzo de 1998.

licencias de obras, o si están autorizadas por el Consistorio, contravienen la misma en suelo que esté clasificado en el planeamiento general como suelo no urbanizable, siendo posible su legalización posterior de conformidad con la normativa urbanística. Parece ser que el Código Penal, en el apartado segundo del art. 319, ha querido penalizar la ejecución de obras de edificación realizadas en suelo no urbanizable que no tenga otorgada licencia administrativa, o si se tiene autorización, se ha excedido del contenido de la misma.

Siguiendo a FARRÉ DIAZ y DOMÍNGUEZ LUIS<sup>178</sup>, el párrafo segundo del art. 319, al utilizar la expresión “*no autorizable*”, presupone, a *sensu contrario*, la posibilidad de autorización o legalización posterior de edificaciones en suelo no urbanizable; suelo en que solamente de forma excepcional, se pueden permitir actuaciones específicas de interés general que no esté sometido a algún régimen de especial protección.

En nuestra opinión lo que castiga el art. 319.2, es la ejecución de obras que no han sido autorizadas ni que sean susceptibles de ser ejecutadas en suelo no urbanizable<sup>179</sup>, protegiendo exclusivamente la ordenación del territorio, a diferencia del apartado primero, donde se produce una acumulación de bienes jurídicos, en consideración a los distintos suelos y lugares que se protegen<sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio y FARRÉ DÍAZ, Esteban, “*Los delitos relativos a la ordenación del territorio*”, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia 1998, pág. 134.

<sup>179</sup>Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “*Derecho Penal Español*”, op. cit. pág.1092. En referencia a la acción punible del art.391.2, para este autor, no sólo es necesaria la urbanización, construcción o edificación en suelo no urbanizable, sino además es necesario que tal edificación resulte ser no autorizable. Ello significa que, aun edificando sin licencia u otro título legal, no existirá delito, si la edificación pudiera ser autorizada de haberse seguido el procedimiento urbanístico.

<sup>180</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “*El artículo 319.2: Edificación no autorizable en suelo no urbanizable*”, Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Colección urbanismo y medio ambiente, Oñati, 1998, pág. 49 y ss.

Además otra de las diferencias que presenta el tipo básico con el tipo agravado es la pena señalada, pues mientras en el apartado primero lo es de prisión de un año y seis meses a cuatro años, en el apartado segundo la pena a imponer es prisión de uno a tres años. No es menos cierto que a pesar de estas diferencias también presenta similitudes, como puede ser cuando se habla de que son delitos especiales, ya que son cometidos en ambos preceptos por los mismos sujetos activos; promotores, constructores o técnicos directores. Otras de las características comunes para los dos primeros apartados del art. 319 CP, la pena de multa es de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio. También son idénticas las de inhabilitación especial para profesión u oficio que se fija de uno a cuatro años, así como la ejecución de las obras, que en ambos supuestos consisten en obras de urbanización, construcción o edificación no autorizable.

Para ACALE SÁNCHEZ<sup>181</sup>, la conducta típica del art. 319.2 es esencialmente activa, de forma que sería imposible llevar a cabo las obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables de una forma omisiva, necesitándose la realización de actos positivos que conducen a la conclusión de las obras.

Llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables, es un delito de mera actividad<sup>182</sup>, toda vez que no es necesario

---

<sup>181</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*idem*”, pág. 54.

<sup>182</sup> Vid. BOIX REIG, Javier/JUANATEY DORADO, Carmen, “*De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*”, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, volumen II (Coord. VIVES ANTÓN), Valencia, pág. 1575. De igual forma MORALES PRATS, Fermín y TAMARIT SUMALLA, Josep María “*Delitos sobre la ordenación del territorio*”, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, VVAA, Pamplona, 1996, pág. 849.

la producción en el objeto de la acción de un efecto diferenciado y separable del espacio temporalmente. Para algunos autores<sup>183</sup> trata de un delito de resultado que exige una transformación concreta del mundo exterior, consistente en la realización de esa construcción no autorizada. Sin embargo nuestro texto punitivo solamente exige que el sujeto activo lleve a cabo la edificación no autorizable.

Las conductas típicas en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, tras la reforma operada por la LO 5/2010, han sido ampliadas pues además de las anteriores, “*edificaciones y construcción*”, se ha incorporado con esta nueva regulación como conductas típicas las obras de “*urbanización*”.

Para RÓDENAS MOLINA<sup>184</sup>, se amplía el marco de las conductas urbanísticas penalmente relevantes, se unifican los términos empleados para describir la conducta típica y se castiga las obras de urbanización, construcciones y edificaciones que se ejecuten desde el suelo no urbanizable del art. 319.2.

Llama la atención esta nueva regulación, pues antes de su entrada en vigor, a mayor protección del suelo, la exigencia de la ejecución de las obras era de menor consideración, como podría ser la obra de construcción, y a menor protección del suelo, las mismas debían de tratarse de mayor entidad como las edificaciones.

---

<sup>183</sup> BARRIENTOS PACHO, Jesús María, “*Delitos relativos a la ordenación del territorio*”, LA LEY, 22 de noviembre de 1996, 4172, pág. 4, en el mismo sentido se pronuncia VERCHER NOGUERA, Antonio, “*Delitos contra la ordenación del territorio*”, El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico práctico (IV), Recoletos Cia. Editorial, Madrid 1996, pág. 539.

<sup>184</sup> RÓDENA MOLINA, Javier, “*Los delitos contra la ordenación del territorio y las prevaricaciones urbanísticas tras la reforma del Código penal en la L.O. 5/2010*” Revista Jurídica de Canarias, núm. 21, 2011.

## 2. La conducta típica de construcción

Se puede definir “*construcción*”, como cualquier acto que suponga una transformación material sustancial del terreno, o espacio que precise de proyecto y dirección técnica que sea permanente de duración firme y estable, es decir, se debe de tratar de una ejecución de obras que aunque *a priori* sean removibles, revelen una vocación evidente de permanencia y estabilidad. Algún sector doctrinal sostiene que los conceptos, construcción y edificación, tienen una relación de género a especie, siendo más genérico y amplio el primero que el segundo, pues toda edificación es una construcción, pero no toda construcción es una edificación<sup>185</sup>. De ahí, que señale SÁNCHEZ ROBERT<sup>186</sup>, que cuando el legislador habla de construcciones se refiere a obras constructivas de toda clase y cuando se refiere a edificación se refiere a un tipo de obra más concreto, ya que alude a unas determinadas cualidades, como que su finalidad sea la habitación<sup>187</sup>, morada o usos análogos (bloques de pisos, vivienda unifamiliar o nave industrial), quedando fuera de dicho delito toda obra o construcción no destinadas a tales usos. Sin embargo BOLDOBA PASAMAR<sup>188</sup>, considera que en el término construcción hay que entender toda instalación u obra fijada de forma permanente al suelo. Para otro sector doctrinal, también en el concepto de construcción debemos incluir las obras prefabricadas que no

<sup>185</sup> MARTIN LORENZO, María, “*Memento Práctico Penal 2011*”, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pág. 1214.

<sup>186</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág.124.

<sup>187</sup> SAP Alicante de 19 de noviembre de 1999, SAP de Jaén 29 de febrero de 2008, y SAP de Madrid de 8 de abril de 2008.

<sup>188</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, Editorial Atelier, Barcelona, 2007, pág. 274.



sean susceptibles de desmontar; pues como manifiesta SANTANA VEGA<sup>189</sup>, será discutible la exclusión de las casas prefabricadas si cuentan con instalación de agua, suministro eléctrico o desagües que conlleven elementos de construcción. En parecidos términos se pronuncia SANCHEZ ROBERT<sup>190</sup>, cuando alude, que la esencia fundamental de la construcción se debe de buscar en la fijación permanente al suelo de un elemento físico, quedando excluidas las construcciones temporales y las que son desmontables. Por su parte para QUERALT JIMÉNEZ<sup>191</sup>, la construcción supone la realización de obras ni residenciales ni comerciales ni de servicios, tales como carretera, puentes, puertos, etc.

Para nuestra opinión, se puede entender como construcción incardinable dentro del tipo delictivo, las ejecuciones de obras de ampliación de un galpón en una zona de playa; una cabaña de madera sobre una plataforma de hormigón; una zanja de hormigón para cimientos en una finca ubicada en suelo protegido. También se puede considerar construcción en suelo no urbanizable a efectos penales, aunque la ejecución de las obras que se realicen lo sea de madera, hormigón u acero<sup>192</sup>. Dado que la edificación<sup>193</sup> supone la realización de una estructura y las

---

<sup>189</sup>SANTANA VEGA, Dulce María, *“Delitos urbanísticos (o de cómo no legislar en derecho penal) Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995”* / coord. por Víctor Gómez Martín; Mirentxu Corcoy Bidasolo (dir.), Santiago Mir Puig (dir.), Editorial Reus, Montevideo – Buenos Aires 2006, págs. 315-360.

<sup>190</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, *“Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal”*, op. cit., pág.125.

<sup>191</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *“Derecho Penal Español. Parte Especial”*, op.cit. pág. 1090.

<sup>192</sup>Vid. RÓDENA MOLINA, Javier, *“Los delitos contra la ordenación del territorio y las prevaricaciones urbanísticas tras la reforma del código penal en la L.O. 5/2010”*, Revista Jurídica de Canarias, núm. 21/2011.

<sup>193</sup> AP de Sevilla de 29 de julio de 2008 (ponente Ilmo. Sr. Miguel Carmona Ruano): Para delimitar este objeto de la acción punible hemos de contar ante todo con la significación gramatical de la palabra “edificación”, que en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, 22ª edición, se equipara al

operaciones necesarias para que sirva al fin que le es propio, no se puede considerar como tal, la colocación de puertas, rejas y enfoscar una fachada que son actos que no sirven para otra cosa distinta que asegurar lo construido y así evitar el deterioro de la fachada que está construida<sup>194</sup>. En este sentido señala QUERALT JIMÉNEZ<sup>195</sup>, que la construcción debe ser entendida como modificación tendencialmente permanente (no así una cabaña, una tienda de camping, una roulotte o barracones prefabricados que no requieran fundamentación) del entorno, ya sea por elevación sobre el terreno, modificando su superficie u otra dándolo como destino el servir a las personas. Opina RÓDENA MOLINA<sup>196</sup>, que para que edificación tenga carácter penal debe reunir los siguientes requisitos: 1º) Que sea una obra de nueva planta, no una reposición, ni rehabilitación, ni reconstrucción, ni reparación, ni ampliación a otra ya realizada, salvo que en estos últimos casos se altere la configuración arquitectónica del edificio. 2º) Que la obra se destine a habitación o reunión de personas. 3º) Que tenga una entidad o importancia suficiente para considerar que atenta al bien jurídico. 4º) Que sea una obra permanente o fija al suelo, con vocación de permanencia, no movable ni desmontable fácilmente. Esta sería una de las notas más destacadas, que iría unida a otros datos indiciarios, como pueden ser el tener conexión a infraestructuras (luz, agua, etc.), o que su traslado tenga unos gastos económicos.

---

“edificio”, el cual a su vez se define como: Construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos”.

<sup>194</sup> SAP de Cádiz (Sección 3ª), de 22 de diciembre de 1998, ARP\1998\5831.

<sup>195</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. “*Derecho Penal Español. Parte especial*”, op.cit. pág. 1090.

<sup>196</sup> RÓDENA MOLINA, Javier, “*Los delitos contra la ordenación del territorio y las prevaricaciones urbanísticas tras la reforma del código penal en la L.O. 5/2010*”, Revista Jurídica de Canarias, núm. 21/2011.

Tiene declarado el Tribunal Supremo<sup>197</sup> que para considerar que las ejecución de las obras tengan el carácter de provisionales o definitivas, no hay que atender a la distinción entre *“las desmontables y transportables sin destruirlas, o pueden considerarse incluidas también aquéllas que no sean desmontables y transportables, sino que precisen su demolición; sino que como concepto jurídico indeterminado que aquél es, se deben tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes para concluir si las obras tienen o no vocación de permanencia, excluyente del carácter provisional”*.

Otro dato de importancia que hay que valorar a la hora de poder determinar si concurren los elementos del tipo, es la entidad constructiva en cuanto a la potencialidad de la transformación del terreno. En consideración al principio de intervención mínima del derecho penal, se debe reservar la sanción penal únicamente para aquellos casos o comportamientos más graves, atentatorios directamente, en forma más o menos grosera a aquel sistema y que no pueden ser adecuadamente resueltos por otras ramas del ordenamiento jurídico. También se pueden considerarse construcción las obras que no son edificación por su escasa entidad constructiva y sencillez técnica, que no tengan de forma eventual o permanente carácter residencial ni público, y se desarrollen en una sola planta<sup>198</sup>.

No es exacto por tanto que se defina como edificio sólo la construcción destinada a habitación o reunión de personas, pues también

---

<sup>197</sup>STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 9 de junio de 2003.

<sup>198</sup> Vid. CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro, *“El delito contra la ordenación del territorio tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal”*, Práctica Urbanística, núm. 100, enero 2011.

es definible como tal la que se destina a otros usos, poniendo el núcleo del concepto en la nota de que se trate de una construcción fija, hecha con materiales resistentes.

### 3. La conducta típica de edificación

Se puede definir la edificación como toda construcción ejecutada artificialmente por el ser humano en diferentes espacios, tamaños y formas, que normalmente se destina para habitarla, siendo las más usuales las edificaciones de habitaciones, teniendo también cabida dentro del concepto edificación, los templos, los monumentos, etc. Para MARTÍN LORENZO<sup>199</sup>, el concepto de edificación, a diferencia del de construcción, se define en la Ley en el art. 2 de la Ley 38/1999, que incluye las obras de nueva construcción, las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, las obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico y las instalaciones fijas, el equipamiento propio, y los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio. La finalidad del proceso de edificación<sup>200</sup> es la construcción de edificios de nueva planta, así como determinadas obras en edificios existentes, como puede ser ampliación, reforma o rehabilitación<sup>201</sup>. En

---

<sup>199</sup> MARTÍN LORENZO, María, “*Memento Práctico Penal 2011*”, op. cit., pág. 1214.

<sup>200</sup> Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, “*Manual del Derecho Urbanístico*”, editorial La Ley, Madrid, 2008, pág. 189. La edificación es la meta del proceso urbano, ya que con ella se concreta y materializa la idea de ciudad que el plan urbanístico tiene.

<sup>201</sup> SAP de Sevilla (Sección 4ª), núm. 234/2007 de 25 de mayo, también deben considerarse comprendidas en la edificación de conformidad con lo establecido en el art. 2.3 de la Ley 38/1999, los

parecido término se manifiesta QUERALT JIMÉNEZ<sup>202</sup>, cuando señala que la edificación es una variante de la construcción, que supone el levantamiento de estructura que permiten la residencia –viviendas- o la realización de servicios –desde pabellones deportivos o palacios de cultura o polígono industriales u oficinas o mercados-. Para el Tribunal Supremo<sup>203</sup> *“habrá de tratarse de una obra inmueble por naturaleza o destino; plasmarse mediante obra nueva o refacción de parte importante de obra subsistente; estar destinada a una duración razonable larga; y por último, por ser como objetivo la habitación humana u otro similar”*.

Para la doctrina más entendida<sup>204</sup>, por edificación<sup>205</sup> habrá que entender toda obra cerrada con techo, como concepto más restringido que construcción, pero en modo cabe excluir del concepto, aquellas edificaciones que no estén destinadas específicamente a servir de habitación humana: ni el concepto gramatical, ni el uso ordinario de la palabra, ni el concepto jurídico permite tal restricción, que excluiría del delito la edificación de naves industriales u otras construcciones semejantes, lo que es obvio que no correspondería ni a la literalidad, ni a la finalidad y ámbito de protección de la norma<sup>206</sup>.

---

elementos de urbanización que permanezcan adscrito al edificio, como por ejemplo, el asfaltado de buena parte de la parcela para permitir el acceso y utilización por camiones.

<sup>202</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *“Derecho Penal Español. Parte Especial”*, op. cit., 2010, pág.1090.

<sup>203</sup> STS de 17 de diciembre de 1997.

<sup>204</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *“Los delitos urbanísticos”*, op. cit., pág. 163.

<sup>205</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, *“Derecho Penal de la Construcción. La delincuencia urbanística”*, op. cit., pág. 47. La construcción es más amplia que la edificación, que se caracteriza por esta destinada a ser habitada por persona.

<sup>206</sup> SAP de Sevilla núm. 365/2010 de 30 de junio, considera que la construcción de una piscina en suelo no urbanizable de especial protección y sin autorización municipal, no es delito contra la ordenación del territorio sin perjuicio de las competencias de las Administraciones y los Juzgados de lo Contencioso Administrativo. La construcción de una piscina no puede ser calificada como delito urbanístico en

El Tribunal Supremo<sup>207</sup> tiene establecido que construcción a efectos del delito urbanístico, es toda actividad de modificación sustancial de la configuración original del terreno con vocación de permanencia, realizada por el hombre, y con el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados<sup>208</sup>.

El Código Penal español distingue entre *construcción*, que es la palabra que se utilizaba para describir el objeto de la acción tipificada en el apartado 1 del artículo 319 y *edificación*, que era el objeto de la acción en el apartado 2 del mismo artículo. Sin embargo el Tribunal Supremo<sup>209</sup> entiende por *construcción*, la que produce por la obra del hombre y con el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados, una sustancial modificación con vocación de permanencia de la configuración original de zona geográfica afectada, y resalta la significativa diferencia terminológica utilizada por el legislador, que emplea el vocablo *construcción* como acción típica en el epígrafe 1º del precepto, y *edificación* en el 2º.

Gramaticalmente, construcción y edificación no son términos sinónimos, y el legislador, al utilizar primeramente la palabra *construcción*, y en segundo lugar la palabra *edificación*, diferencia ambos conceptos,

---

función del principio de intervención mínima del Derecho Penal y de interpretación de las normas más favorables al reo. El Tribunal declara que edificación es “*toda obra de fábrica construida para habitación o usos análogos, bien para servir de morada o albergue transitorio, por ello no interpreta como tal la construcción de una piscina*”.

<sup>207</sup> STS 7479/2006, de 29 de junio.

<sup>208</sup> SAP de Pontevedra núm. 2868/2008 de 8 de octubre, tiene declarado que por mucho que se trate de hacer valer el principio de intervención mínima también en el ámbito de la aplicación de los tipos penales, ante la confluencia de varios ámbitos de protección del mismo bien jurídico, es clara la relevancia e importancia de la obra en cuestión para llenar los elementos del tipo en cuanto a la entidad de la construcción. Ha de tratarse de una construcción mínimamente relevante o significativa, pues no cabría considerarse delictivas intervenciones mínimas o insignificantes, aunque sean de material fijo.

<sup>209</sup> STS de 29 de noviembre de 2006.

penando más gravemente el primer supuesto que el segundo, para lo que atendió igualmente al lugar de levantamiento, en el primer caso, en zonas verdes, lugares paisajísticos, etc., y en el segundo, en el suelo no urbanizable, dando mayor entidad delictiva al primer subtipo penal, y exigiendo para el segundo que no se trate de cualquier construcción, sino aquélla destinada a edificación.

El vocablo *edificación* es un concepto jurídico indeterminado, no existiendo una definición clara de lo que deba entenderse como edificación. Ahora bien, los principios de fragmentariedad, *última ratio* e intervención mínima del Derecho penal, han de ser tenidos muy en cuenta a la hora de definir el alcance conceptual de dicho término, más si se tienen en cuenta los mecanismos reguladores y sancionadores previstos en vía administrativa; sin olvidar además que las normas punitivas no pueden tener carácter extensivo en su interpretación, y que en el derecho penal rige el axioma *in dubio pro reo*, conforme al cual en la duda debe prevalecer la valoración o el criterio que favorezca al reo.

También se puede entender por edificación toda construcción adherida al suelo, eliminando así del concepto aquellos edificios de carácter provisional susceptibles de ser transportados (es el caso de las casas prefabricadas). Si bien el edificio normalmente se presenta como construcción destinada en todo y en parte a ser habitada, ello no impide, empero, que entren también en los límites del concepto las construcciones levantadas con una finalidad distinta a la de su habitabilidad: así, los almacenes, establecimientos mercantiles, etc. La construcción se proyecta normalmente sobre el suelo, lo que no obsta, sin embargo, a la existencia de construcciones subterráneas, bien formando parte de edificios de

superficie (sótanos, bodegas, etc.), bien constituyendo por sí solas construcciones subterráneas (explotaciones mineras, vías comerciales subterráneas, etc.). En todo caso, la esencia de la edificación está en la creación de una unidad física, de todo lo construido, a la que el derecho considera necesario dar un tratamiento de unidad jurídica, salvo en casos especiales.

#### 4. Conducta típica de urbanización

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/ 2010, en su apartado XX al referirse a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, justifica la inclusión en el art. 319 de la conducta delictiva “urbanización”, disponiendo que “Así, se amplía el ámbito de las conductas típicas a las obras ilegales o clandestinas de urbanización, ya que éstas pueden tener un mayor impacto sobre el territorio que las de mera construcción o edificación, a las que además suelen preceder”. De este modo, se produce una anticipación de la barrera punitiva, dado que se sanciona penalmente un estadio previo al de la construcción o la edificación ilegales<sup>210</sup>. Para SÁNCHEZ ROBERT<sup>211</sup>, desde la entrada en vigor de la LO 5/2010, en atención al artículo 319.1 y 2 del Código Penal actual, las obras típicas se equiparan en ambos casos, de esta forma se sustituye la referencia “construcciones”, en el apartado primero y “edificaciones” en el apartado segundo, por “obras de urbanización,

<sup>210</sup>Vid MARTIN LORENZO, María, “Memento Práctico Penal”, op. cit., pág. 1213. En igual sentido POZUELO PÉREZ, Laura, “Derecho Penal de la Construcción”, op. cit., pág.46.

<sup>211</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal”, op. cit., pág.137.



*construcción o edificación*”. La equiparación entre los dos apartados de las conductas típicas, elimina las diferencias entre ambos, ya que ahora el único elemento diferenciador es el suelo donde se llevan a cabo. Estamos de acuerdo con lo que señala QUERALT JIMÉNEZ<sup>212</sup>, que llevar a cabo obras de urbanización supone preparar unos terrenos para su posterior explotación urbanística, mediante su alteración (creando viales, canalizaciones, acceso, operaciones muchas veces necesarias para poder llevar a cabo las construcciones y edificaciones), y comporta ya una sensible alteración del medio.

En nuestra opinión la inclusión del elemento de tipo *urbanización* ha sido originada por la constante exigencia que desde la doctrina se solicitaba a voces, toda vez que el legislador español con su conducta restrictiva, solamente ha considerado como ilícito punitivo a las conductas típicas de edificación y construcción, con olvido de conductas más graves que suelen aparecer previa a la comisión de los delitos, de los artículos 319 y 320 como es la *urbanización*, dado que estos comportamientos infractores se regulaban por las normas del Derecho administrativo. Lo que viene a regular nuestro vigente Código penal cuando incluye dentro de las conductas típicas a las obras de urbanización, fue además la ejecución de obras de urbanización, sin tener aprobado previamente un plan o proyecto de urbanización, que infrinjan las normativas urbanísticas, como puede suceder cuando se realizan estas obras con exceso de volúmenes y alturas en zonas de alta densidad. También se refiere nuestra norma punitiva a la práctica generalizada de las parcelaciones ilegales. Estas agresiones tan graves a la ordenación del territorio y el urbanismo, ya se contemplaban en

---

<sup>212</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “*Derecho Penal Español. Parte Especial*”, op.cit. pág. 1090.

el Propuesta de Anteproyecto del Código penal de 1983, consideradas estas ejecuciones por la propia jurisprudencia y la doctrina<sup>213</sup> especializadas en la materia urbanísticas como *“agresiones más graves contra la ordenación del territorio, en especial, si se producen en suelo no urbanizable que acaban afectando de modo decisivo al suelo en que tiene lugar”*.

Para RÓDENA MOLINA<sup>214</sup>, después de la entrada en vigor de la LO 5/2010 serán punibles las obras de urbanización no autorizables que se ejecuten en suelos especialmente protegidos y en suelo no urbanizables, que al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, y que además se refiere a una norma penal en blanco, habrá que acudir al texto refundido de la Ley del Suelo<sup>215</sup>, y concretamente a lo dispuesto en los artículos 12 a 14, donde se definen las obras de urbanización *“como las obras que inician la actuación de urbanización con la finalidad de dotar al suelo rural de los servicios y dotaciones adecuados para que éste pase a estar en situación de suelo urbanizado”*.

Para una mejor comprensión de lo que se denomina *urbanización*, como elemento integrador del tipo delictivo, hay que acudir al artículo 14 del TRLS 2/2008, que considera que *“las actuaciones de urbanización incluyen, las nuevas urbanizaciones, que suponen el paso de un ámbito de suelo de la situación de suelo rural, a la de urbanizado, para crear junto con las correspondientes infraestructuras y dotaciones públicas, una o más parcelas aptas para la edificación o uso independiente, y conectadas*

---

<sup>213</sup>Vid. RÓDENA MOLINA, Javier, *“Los delitos contra la ordenación del territorio y las prevaricaciones urbanísticas tras la reforma del código penal en la L.O. 5/2010”*, Revista Jurídica de Canarias, núm. 21, 2011.

<sup>214</sup> RÓDENA MOLINA, Javier, *“idem”*.

<sup>215</sup> Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo.

*funcionalmente con la red de los servicios exigidos por la ordenación territorial y urbanística. También están incluidas como actuaciones de urbanización; además de las que tengan por objeto reformar o renovar la urbanización de un ámbito de suelo urbanizado, las actuaciones de dotaciones que tengan como fin el incremento de las dotaciones públicas de un ámbito de suelo urbanizado, con el objeto de poder reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad, o con los nuevos usos asignados en la ordenación urbanísticas a una o más parcelas del ámbito, y que no requieran la reforma o renovación integral de la urbanización de éste”.*

La obras de urbanización se entienden terminadas, cuando hayan concluido de conformidad con los instrumentos que las legitiman, habiéndose cumplido los deberes y levantado las cargas correspondientes. La terminación se presumirá a la recepción de las obras por la Administración o, en su defecto, al término del plazo en que debiera haberse producido la recepción desde su solicitud acompañada de certificación expedida por la dirección técnica de la obras<sup>216</sup>.

#### **IV. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL BASICO**

##### **1. Introducción**

Como se ha tenido ocasión de mencionar con anterioridad, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, el elemento objetivo del tipo delictivo del art. 319.2, se ha ampliado a obras de urbanización,

---

<sup>216</sup>Vid MARTIN LORENZO, María, “Memento Práctico Penal”, pág. 1213.

construcción o edificación, que en referencia al acto constructivo “urbanización”, es una novedad en nuestra norma punitiva; que se puede conceptualizar como la acción de urbanizar en el sentido de la ejecución de obras que tienen como objetivo implantar la infraestructuras necesarias, así como los servicios urbanísticos, apertura de viales públicos<sup>217</sup>, acometidas de saneamiento y suministro eléctrico, abastecimiento de aguas y acceso rodado<sup>218</sup>.

La LO 5/2010, en el tipo básico no hace ningún cambio sobre el elemento objetivo de la acepción *no autorizable*, manteniendo el mismo término con el entendimiento que son las ejecuciones de obras en suelo no urbanizables que no sean legalizables; y además debe de ser realizado en suelo común que no posea la protección del tipo agravado del art. 319.1 del CP. La realización de este tipo de obras debe de ejecutarse en suelo no urbanizable común, porque si tiene algún tipo de protección habría que incardinarlo como ante hemos aludido, dentro del tipo agravado. Esta clase de suelo no puede ser destinado a fines distintos del agrícola, forestal, ganadero, cinegético, y en general de los vinculados a la utilización racional de los recursos naturales. Esto no quiere decir que toda edificación ejecutada en suelo no urbanizable sea susceptible de sanción penal, siendo constitutiva de delito la que no sea autorizable. El significado de autorizable se puede entender como algo que en principio tiene apariencia

---

<sup>217</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, Luís (Dir.), “Código Penal y Leyes Penales Especiales y Complementarias”, op.cit., pág. 1323.

<sup>218</sup>Vid. CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro, “El delito contra la ordenación del territorio tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal”, Práctica Urbanística, núm. 100, enero 2011.

de no estar permitido, y que posteriormente puede ser autorizado y permitido<sup>219</sup>.

Existen obras que pueden ser autorizadas por los Ayuntamientos, como pueden ser las construcciones e instalaciones vinculadas a la ejecución, entretenimiento y servicio de las obras públicas. Además, la Administración autonómica competente, con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, podrá legitimar actos y usos específicos que sean de interés público y social por su contribución a la ordenación y el desarrollo rural o porque hayan de emplazarse en el medio rural.

También en el suelo rural, y con carácter excepcional, el art. 13.2 a) del texto refundido de la Ley del Suelo de 2008, dispone que desde que los terrenos queden incluidos en el ámbito de una actuación de urbanización, únicamente podrán realizarse en ellos usos y obras de carácter provisional que se autoricen por no estar expresamente prohibidos por la legislación territorial y urbanística o la sectorial. Estos usos y obras deberán cesar y, en todo caso, ser demolidas las obras, sin derecho a indemnización alguna, cuando así lo acuerde la Administración urbanística. La eficacia de las autorizaciones correspondientes, bajo las indicadas condiciones expresamente aceptadas por sus destinatarios, quedará supeditada a su constancia en el Registro de la Propiedad de conformidad con la legislación hipotecaria.

---

<sup>219</sup>Vid. SALINERO ALONSO, Carmen, “*Delitos contra la ordenación del territorio*”, Diario La Ley 1997, ref.D-225, tomo 4, Editorial La Ley.

La autorización es una facultad discrecional, no reglada, del órgano competente, que puede concederla o no libremente y, además, siempre y en todo caso, la concederá después de que se haya realizado o al menos comenzado la obra, por lo que en definitiva que un sujeto llegue o no a cometer el delito del art. 319.2, va a depender de lo que resuelva un órgano administrativo *a posteriori*; si se estima autorizable la obra, no habrá infracción penal, pero si por el contrario se estimara no legalizable, estaríamos en presencia del reseñado delito<sup>220</sup>.

Como se ha hecho alusión a lo largo de este estudio, con el objeto de armonizar las terminologías empleadas en los preceptos del art. 319 del CP y 12.2 del texto refundido de la Ley del Suelo 2/2008, interesa significar, que cuando se hace alusión a suelo no urbanizable indistintamente también nos estamos refiriendo al suelo rural.

## 2. Concepto de no autorizable

La conducta típica del art. 319.2 consiste en llevar a cabo una edificación no autorizable. Para la doctrina se establece<sup>221</sup> la distinción entre construcción no autorizada y edificación no autorizable, considerándose por “*no autorizada*” como equivalente tanto a la no solicitud de autorización como a la denegación de la misma, por el contrario *no autorizable*<sup>222</sup> se refiere a una situación anterior a la solicitud

<sup>220</sup>Vid. SALINERO ALONSO, Carmen, “*idem*”.

<sup>221</sup> Vid GARCIA ARÁN Mercedes/ LÓPEZ GARRIDO, Diego, “*El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*”, Eurojuris, Madrid, 1996, pág. 159.

<sup>222</sup> SAP de Valencia de 6 de mayo de 1999, declara que “*por no autorizable se debe entender lo que no sólo no está permitido, sino que en el futuro tampoco podrá ser permitido ni autorizado, de tal suerte que debe reservarse el tipo en cuestión, dado además el carácter fragmentario del Derecho penal y el*

de autorización que impediría su aprobación, o la imposibilidad de legalización posterior.

Al hilo con lo anterior es también *no autorizada* la construcción o edificación que carezca de la licencia urbanística, como es el supuesto de aquella construcción o edificación que no es susceptible de legalización<sup>223</sup>, pues las que sean legalizables nunca serán típicas penalmente al faltar el requisito de afectación al bien jurídico protegido de la ordenación del territorio.

De lo anterior se ha de colegir que las obras de construcción, edificación o urbanización, son consideradas aquellas que se ejecuten previa obtención de la autorización municipal. Pero todo ha cambiado a partir de la entrada en vigor de la LO 5/2010, pues la carencia de la licencia administrativa no es suficiente para su incardinación en el art. 319.2, siendo además requisito que, a la vista de la planificación urbanística, la ejecución de las obras no hubiera podido ser autorizada, aun cuando la autorización administrativa hubiera sido solicitada, porque siempre sería denegada por no ser autorizable.

En nuestra opinión, las obras realizadas sin contar con licencia municipal pero que no son contrarias a la planificación urbanística, pueden

---

*principio de intervención mínima que lo informa, a aquellas infracciones urbanísticas que adolezcan de irregularidades tan graves y escandalosas, que ni siguiera quepa la posibilidad de posterior subsanación, autorización o convalidación”.*

<sup>223</sup> AP de Zaragoza (Sección 1ª), Sentencias núm. 226 /1999 de 11 de mayo y núm. 277/1999 de 15 de junio “La acción típica viene constituida por llevar a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable. Por edificación ha de entenderse toda obra construida para habitación o usos análogos. Al hablarse de no autorizable el precepto se plantea como algo más que una nueva Ley Penal en blanco. Y ello por cuanto la concesión de licencias en suelo no urbanizable necesita como requisito previo la declaración de interés social y que suele tener el carácter discrecional. Se refiere por tanto el precepto a supuestos que en ningún caso admiten la legalización a posteriori. Sólo en caso de edificaciones no susceptibles de legalización en modo alguno serían reprobables penalmente”.

resultar autorizables *a posteriori* mediante su legalización, quedando excluida del elemento del tipo del art. 319.2.

Además se puede conceptualizar como *no autorizable* las obras de urbanización, construcción que se ejecuten, que no estén autorizadas, ni sean susceptibles de autorización, ni tampoco de legalización, aun habiéndose solicitado la licencia municipal de obra. Para RÓDENA MOLINA<sup>224</sup> se debe de aplicar la legalidad vigente al momento de la ejecución de las obras, pues de lo contrario se corre el riesgo de que no se pueda aplicar el tipo penal con meras certificaciones de avances de revisiones de plan o expectativas inciertas de recalificación de terrenos. Los defensores de los acusados en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, recurren para proceder absolver a sus clientes imputados que han ejecutado obras no autorizables con los pretextos, que en un futuro se modificará el planeamiento siendo posible su legalización; la posibilidad de que la legislación cambie; o las eventuales expectativas de recalificación y la modificación *a posteriori* del planeamiento.

Para poder concebir si la ejecución de obras es o no, autorizable, no es la ausencia de licencia municipal, sino lo relevante es, que si conforme al planeamiento vigente en el momento de la ejecución de las obras, es posible su legalización<sup>225</sup>.

---

<sup>224</sup> RÓDENA MOLINA, Javier, “*Los delitos contra la ordenación del territorio y las prevaricaciones urbanísticas tras la reforma del Código Penal en la L.O. 5/2010*”, Revista Jurídica de Canaria, núm. 21/2011.

<sup>225</sup> SAP de Granada 16 de enero de 2002, y SAP de Sevilla núm. 711/2006, de 22 de diciembre, declaran con respecto a la ejecución de obra no autorizable, que cuando se hace mención de que la edificación ilegal ha de ser “*no autorizable*” no se refiere a la eventualidad de que en un futuro, se pueda modificar la legalidad urbanística.



### 3. La licencia municipal o autorización de obra

Cuando una persona se proponer realizar una conducta que conlleve riesgos para los intereses de la colectividad por norma general debe de obtener la pertinente autorización administrativa con al objeto del poder controlar que ese peligro no sobrepase el límite que la sociedad pueda tolerar, y que se encuentran contenida en los propias normativas sectoriales. Sobre este parecer opina GÓMEZ RIVERO<sup>226</sup>, que esto es lo que sucede en el ámbito de la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente, en los que la realización de determinadas actividades se condiciona a la previa obtención de licencias administrativas que pretenden garantizar que el interés particular en la puesta en práctica de la actividad no lesione el interés general representado por la conservación de dichos bienes jurídicos.

La licencia urbanística es un acto administrativo de autorización que tiene como fin la comprobación de si la actuación proyectada por el solicitante, es ajustada a las exigencias del interés público urbanístico, previstas y reguladas en la ordenación vigente<sup>227</sup>. Además se trata de un acto administrativo de carácter reglado en virtud del cual, el Ayuntamiento correspondiente declara un derecho previamente existente, limitándose a controlar la conformidad del contenido de la licencia solicitada con la legalidad urbanística aplicable.

La licencia urbanística tiene el carácter de ser puntual, objetiva y neutral. Puntual porque se agota una vez que se ha realizado el objeto de la

---

<sup>226</sup> GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, “*El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 11.

<sup>227</sup> STS de 8 de junio de 1999.

autorización, como suele suceder en la licencia de obras de una edificación; objetiva, porque se otorga en consideración a las circunstancias objetivas, sin tener en cuenta las circunstancias personales del solicitante, dado que si se produce la transmisión del terreno o suelo, la licencia también se transmite ya que está unida al propio suelo; neutral porque su otorgamiento no tiene en consideración los derechos o titulares privados que afectan al suelo.

Para la doctrina, la licencia tiene carácter previo, real y personal y de naturaleza reglada<sup>228</sup>, y para el Tribunal Constitucional<sup>229</sup> la licencia urbanística se caracteriza por ser declarativa, al situar la actividad edificadora, en cuanto actividad final a la que han de incorporarse los propietarios de suelo tras la correspondiente urbanización, en el contexto del sistema que el legislador estatal ha diseñado como estatuto básico de la propiedad urbana, desde su competencia *ex* artículo 149.1.1ª de la CE. En tal sentido, el acto de edificación implica la materialización sobre un determinado terreno –solar-, del aprovechamiento urbanístico patrimonializado por el titular dominical de aquél, de tal manera que el acto autorizatorio de la licencia municipal<sup>230</sup>, no es sino el modo de control o intervención administrativa para fiscalizar si se ha producido la adquisición de dicha concreta facultad urbanística, cual es el derecho a edificar, cumpliendo así la licencia no sólo la finalidad de comprobar si la edificación proyectada se ajusta al plan y a la legislación urbanística, sino

---

<sup>228</sup> Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, “*Delitos Urbanísticos, Editorial*”, Lex Nova, Valladolid, 2008, pág.105.

<sup>229</sup> STC 61/1997 FJº 34.

<sup>230</sup> Vid. el art. 6 Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y el art. 9 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

también, como prescribe el artículo 242.2, para las actuaciones asistemáticas, si el aprovechamiento proyectado se ajusta al susceptible de apropiación.

Para SÁNCHEZ DOMINGO<sup>231</sup> la punición de las conductas de construcción o edificación se evita en un solo supuesto, tal y como se deduce del tenor literal del precepto; cuando la autorización reglamentariamente exigida se ha solicitado para llevar a cabo la construcción y, aun en el caso de haberla solicitado no ha sido denegada con independencia de que la construcción que se quiere llevar a cabo, sea acorde al planeamiento general<sup>232</sup>.

Según el art. 21.1.q) de la LBRL, la competencia para la concesión de licencias urbanísticas corresponde a los Alcaldes de los municipios<sup>233</sup>, sin perjuicio de lo que dispone el art. 19.b del RGU, que atribuye las funciones de concesiones de licencias también a las Gerencias de Urbanismo<sup>234</sup>.

La autorización administrativa o la licencia municipal es un requisito necesario para poder llevar a cabo la ejecución de obras, para la realización de cualquier tipo de edificación, construcción o urbanización, y que una vez sea otorgada por el órgano competente, bien por el Alcalde o por la

---

<sup>231</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, *“Delitos urbanísticos”*, op. cit., pág. 108.

<sup>232</sup> Vid. FERNANDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *“Manual de derecho urbanístico”*, op. cit., pág. 248. Las licencias y autorizaciones administrativas no son, pues, patente de corso cuya posesión legitime por sí sola la actuación de su titular, legitimación que sólo se produce en la medida en que tales títulos no estén viciados en sí mismo por su disconformidad con el ordenamiento urbanístico.

<sup>233</sup> La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en su artículo 21.1.q) establece que el Alcalde es el Presidente de la Corporación y ostenta entre otras las siguientes atribuciones: *“El otorgamiento de las licencias, salvo que las leyes sectoriales lo atribuyan expresamente al Pleno o a la Junta de Gobierno Local”*.

<sup>234</sup> Vid. el art. 19 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

Gerencia de Urbanismo que tenga atribuida la competencia, faculta a su titular para que pueda ejercer el derecho a edificar o el uso autorizado. Pese a la existencia de la oportuna licencia o autorización administrativa, puede suceder que la misma hubiese sido concedida de forma inadecuada, como suele ocurrir en los supuestos que el particular ocultó datos significativo o porque confabuló con el funcionario encargado competente. En estos casos opina GÓMEZ RIVERO<sup>235</sup>, que ese permiso adolecería de vicios en mayor o menor grado, siendo susceptible, como mínimo, de quedar anulada. Ello sin perjuicio de los problemas que conlleva en la esfera administrativa, afectando también directamente al ordenamiento jurídico penal cuando el legislador decide incluir en el tipo la exigencia de autorización o se remite directamente a aquella normativa, construyendo las llamadas leyes penales en blanco de las que son claros ejemplo entre otros los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

En un principio la obtención de la licencia urbanística es un acto favorable de derecho irrevocable, dado que son tasados los supuestos de revocación debiendo ser de conformidad y en los casos que fijen las leyes urbanísticas<sup>236</sup>. Para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>237</sup>, la revocación tiene carácter potestativo por la utilización de la expresión “*podrán serlo*”, indicando que si el error surge de una impresión originada por el propio peticionario, tal error no podrá ser imputado a la Corporación, por lo que

---

<sup>235</sup> GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, “*El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*”, op. cit., pág. 15.

<sup>236</sup> Vid. el artículo 16 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

<sup>237</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, “*Manual de derecho urbanístico. El Consultor de los Ayuntamientos*”, op. cit., pág. 229.

no estará obligada a indemnizar al titular de la licencia, por el daño que pudiera causarle como consecuencia de la revocación.

Existen casos en los que se ejecutan obras de edificación, construcción o urbanización, que aunque los promotores han solicitado la preceptiva licencia, no han obtenido la pertinente autorización del propio Ayuntamiento o de la Gerencia de Urbanismo en su caso. En estos supuestos está dividida la doctrina especializada, en valoración de si nos encontramos en presencia de la conducta típica del art. 319. Algunos autores<sup>238</sup> se inclinan sobre su inclusión como elemento del tipo delictivo, pues iniciar la construcción antes de haber obtenido la autorización administrativa es equivalente a la ejecución de obras sin solicitar la preceptiva licencia urbanística, en el entendimiento de que al no haber autorización se debe incardinar en el precepto del art. 319. Sin embargo, otros autores<sup>239</sup> se pronuncian en sentido contrario, al no incluir estas conductas dentro del art. 319, considerando que no solo son atípicas las construcciones autorizadas, sino también la que son susceptibles de autorización o pueden ser objeto de legalización al tratarse de una construcción no autorizada pero legalizable.

En nuestra opinión, en los supuestos en los que se procede a construir después de solicitar, y antes de obtener licencia urbanística, no deberían de incluirse dentro del ámbito típico del art. 319, ni castigarse penalmente en el entendimiento que estas conductas, aunque sean ilícitas no afectan al bien jurídico protegido ordenación del territorio y urbanismo,

---

<sup>238</sup> Vid. ROMÁN GARCÍA, Fernando, “Los *Delitos sobre la ordenación del territorio, Derecho penal administrativo*”, Editorial Comares, Granada, 1997, pág. 76.

<sup>239</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección Penal de la ordenación del territorio*”, Editorial Tirant lo Blanch, 2003, pág. 759.

dado que aún sin autorización administrativa, la ejecución de la obra es conforme con el ordenamiento jurídico, y susceptible de legalización por ser acorde con el planeamiento urbanístico, de lo contrario, se estarían comparando estos supuestos con los que ejecutan obra de edificación, construcción o urbanización no autorizada y además ilegalizable<sup>240</sup>.

Por construcción no autorizada hay que entender aquella que carece de la licencia municipal que exige el artículo 242.1 de la Ley del Suelo de 1992<sup>241</sup>, el artículo 178 de la Ley del Suelo del 1976<sup>242</sup> y el artículo 1 del Reglamento de Disciplina Urbanística<sup>243</sup>

Se puede dar el supuesto de ejecución de obras que tengan la autorización administrativa, pero que esté viciada de ilegalidad. Siendo en este caso nula de pleno derecho de conformidad con lo establecido en el art. 62.d) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, donde se contiene que los actos de las Administraciones Públicas que sean constitutivos de infracción penal, o se dicten como consecuencia de ésta, si se declara la nulidad de pleno derecho de la licencia, las obras amparadas por ella tendrán la consideración de no autorizadas. Tendrá el otorgamiento de este tipo de licencia efectos penales cuando la obtención de la misma sea nula de pleno derecho, es decir, cuando el autor tiene conocimiento de que

---

<sup>240</sup> Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 115. No se trata de una conducta que lesione el bien jurídico protegido en cuanto que no se alteran las propiedades del suelo sobre el que se realiza dicha construcción. Distinta solución es si la construcción que se inicia sin esperar la correspondiente autorización es ilegalizable, en este caso, se produce la lesión al bien jurídico. Vid., también, GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, “*El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*”, op. cit., pág. 29.

<sup>241</sup> Real Decreto Legislativo 1/1992 Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana.

<sup>242</sup> Real Decreto 1346/1976 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana.

<sup>243</sup> Real Decreto 2187/1978 Reglamento de Disciplina Urbanística.

hay una causa de nulidad que afecta a la licencia concedida, en este caso estaremos ante una construcción no autorizada punible. Ahora bien, debe de quedar plenamente acreditado, que el autor proporciona datos falsos para la obtención de una licencia que de otra manera no se hubiese conseguido. Al hilo con lo anterior también tendrá efectos penales cuando el promotor, constructor o técnico director acuerden con la autoridad o funcionario, la obtención de una licencia, sin que reúna los requisitos para poder ser concedida, si eso fuera así, podría incurrirse en otro delito como la prevaricación o el cohecho, pero lo que sí es verdad es que, solamente la construcción realizada sobre la base de una licencia nula, sólo será ilícito penal, si queda acreditado que el autor tenía conocimiento de la causa de nulidad que viciaba la licencia, pues de lo contrario, si no se conociese esa causa de nulidad, existirá un error de tipo que excluye la responsabilidad penal, independientemente que este error fuese vencible o invencible.

A tenor del artículo 62.1 de la Ley 30/1992 son casos de licencias nulas los siguientes supuestos<sup>244</sup>:

- La obtención de una licencia otorgada por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- La que se consigue mediante infracción penal o sea constitutiva de ésta.
- La otorgada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que

---

<sup>244</sup> GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, “El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio”, op. cit., pág. 32-33.

contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

- La concedida mediante acto expreso o presunto contrario al ordenamiento jurídico que posibilita que se adquieran facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

El efecto jurídico que conlleva todos estos supuestos es la presencia de una licencia nula de pleno derecho acorde con lo dispuesto en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, que literalmente establece: “1. *Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Los dictados por órganos manifiestamente incompetentes por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que tengan un contenido imposible.
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.



g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.”

También en concordancia con lo preceptuado en el artículo 63.1 de la LRJPAC<sup>245</sup>, se puede hablar de licencia anulable, pues la declaración de anulabilidad de una licencia se dará sobre una construcción que está empezada o concluida cuando se produzca la declaración, y tendrá el efecto jurídico desde el instante en que la misma es declarada, pues ésta no afecta al inicio de la propia construcción, excepto que, conocida la anulabilidad el promotor continuara construyendo. Este precepto considera la anulabilidad en los siguientes casos: *Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.*

En todos estos supuestos que estamos comentando, cuando la edificación o uso del suelo se realice sin la preceptiva licencia u orden de ejecución, o sin ajustarse a las condiciones que las mismas disponen, el propio Alcalde, Delegado de Urbanismo, o la autoridad que tenga atribuida la competencia, dispondrá la suspensión inmediata de la edificación. Si éste fuera el caso, el promotor o el interesado dispone de un plazo de 2 meses desde la notificación de la fecha de suspensión, para que pueda solicitar la licencia municipal, o proceder a ajustar las obras ejecutadas a la licencia u orden de ejecución<sup>246</sup>.

Referente a la jurisdicción penal siempre que un promotor, constructor o técnico lleve a cabo una construcción no autorizada con dolo, se estará cometiendo un ilícito penal. Este delito es consumado desde el

---

<sup>245</sup> GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, “*idem*”, op. cit., pág. 32.

<sup>246</sup> Artículo 184 de la Ley del Suelo de 1976.

instante en que se da comienzo la obra y no se cuenta con autorización. Aunque *a posteriori* se obtenga la pertinente licencia, en nada afecta al tipo delictivo, dado que el mismo estaría consumado.

No obstante, no se puede entender<sup>247</sup> que la autorización posterior impide la aparición del delito. Pues, por ejemplo, si un constructor va a realizar una edificación en un suelo destinado a zonas verdes y, conscientemente comienza a construir sin haber solicitado licencia preceptiva, puede ocurrir que nadie denuncie el hecho y, transcurrido el plazo de prescripción del delito, se extinga cualquier posibilidad de castigar al infractor. Podría darse el caso de que a mitad de la edificación, o una vez que ésta se haya finalizado, y dentro del plazo de prescripción, se presentase la correspondiente denuncia o querrela. El constructor estaría tranquilo porque sabe que puede legalizar su edificación, y aunque serán las autoridades pertinentes las que requerirán al interesado para que solicite la licencia, nada impedirá a éste poner en conocimiento de aquellas su situación, a los efectos de que se inicie el procedimiento de legalización. Es más, si la construcción está ya concluida, el delincuente disfrutará de un cómodo plazo de cuatro años, una vez terminadas la obras, mientras ve como se acerca la fecha de prescripción del delito, de tal modo que si se viese sobresaltado por el proceso penal, siempre tendría el recurso de acudir a solicitar la licencia.

#### **4. La caducidad de la licencia urbanística**

Como se ha comentado con anterioridad para el legítimo ejercicio de cualquier actividad urbanística, es requisito la concesión de licencia

---

<sup>247</sup>Vid. Comentario de Memento Práctico de Urbanismo, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, edición 2005-2006, página 1469.

administrativa, a través de la cual se procede la autorización con el fin de poder edificar, construir, o urbanizar, pues la licencia urbanística es una manifestación característica de la técnica interventora de naturaleza preventiva, que faculta a su titular para que pueda llevar los actos de parcelación, edificación, construcción, urbanización, demolición, ocupación, aprovechamiento o uso de un suelo o inmueble de conformidad con lo establecido en la planificación territorial y en la normativa urbanística.

Pero ¿qué ocurre cuando el titular de una licencia de obra, después de obtener la autorización administrativa, no da comienzo a las obras o la realiza más tarde, cuando la autorización ha expirado por la conclusión del plazo conferido en la misma?. En estos supuestos, cuando se constate que no se han cumplido las condiciones<sup>248</sup> o deberes de los propietarios, en cuanto a los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras, la Administración puede entender que el derecho a edificar se ha extinguido por incumplimiento de los plazos fijados en el acto de otorgamiento de la licencia, procediendo a declarar la caducidad de la misma. No pudiendo tal declaración llevarse a cabo cuando la caducidad de la licencia, el incumplimiento del plazo o de las condiciones sea imputable a la actividad o inactividad de la Administración que la concede<sup>249</sup>. La caducidad de la licencia urbanística es una institución que garantiza el principio de seguridad jurídica reconocido en nuestra Constitución. La

---

<sup>248</sup> El art. 16.1 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, establece que, *“las licencias quedarán sin efecto si se incumplieren las condiciones a las que estuvieron subordinadas, y deberán ser revocadas cuando desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que, de haber existido a la sazón, habrían justificado la denegación y podrán serlo cuando se adoptaren nuevos criterios de apreciación”*.

<sup>249</sup> Vid. STS de 26 de octubre de 1991.

caducidad significa que la licencia urbanística nace con un plazo de vigencia y duración limitada, y que transcurrido éste se extingue. La caducidad como institución jurídica, debe de entenderse como la presunción legal de que las partes abandonan sus pretensiones, al no haber impulsado durante un determinado plazo las actuaciones<sup>250</sup>.

Para que la institución de la caducidad tenga eficacia jurídica deben de concurrir un serie de requisitos, no pudiendo nunca operar de modo automático, es decir, sus efectos no se producen de forma automática por el simple transcurso del tiempo, por requerir un acto formal declarativo<sup>251</sup>, no bastando para la declaración de la caducidad la simple inactividad del titular, precisando una ponderación de la valoración de los hechos.

El Tribunal Supremo, en innumerables sentencias ha declarado con respecto a la caducidad de las licencias municipales que ha de acogerse con cautela, con aplicación de moderación, acorde con su naturaleza y sus fines, con un sentido estricto e incluso con un riguroso criterio restrictivo<sup>252</sup>. Requiriendo la caducidad de la licencia no solo en su concesión, en la que se hayan establecido unos plazos para el comienzo y terminación de aquella, sino que es necesario que se efectué una expresa decisión en tal sentido, tras la instrucción del oportuno expediente, seguido con la audiencia del interesado, emisión de informes, y acreditación y ponderación de todas las circunstancias concurrentes.

---

<sup>250</sup>Vid. TORRES MARTINEZ, Jesús, “*La caducidad de las licencias urbanísticas*”, Prácticas Urbanísticas, núm. 5, Sección ¿Qué documentos necesito?, Mayo 2002, pág. 46, Editorial La Ley.

<sup>251</sup> SSTS de 20 de mayo de 1985, 22 de enero de 1986.

<sup>252</sup> SSTS de 10 de mayo de 1985 y 18 de julio de 1986.

Si la administración, después de la incoación del expediente de caducidad no resuelve el mismo, le será de aplicación lo dispuesto en el art. 43.4 de la Ley 30/1992, que establece que *“cuando se trate de procedimientos iniciado de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos, se entenderán caducados y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar resolución, en el plazo de 30 días desde el vencimiento del plazo en que debió ser dictada”*.

Al igual que sucede con la licencia obtenida por un acto presunto *contra legem* o que adolece de vicio de nulidad, la licencia urbanística que la Administración declare mediante expediente con audiencia del interesado como caducada, se tratará de licencia que carece de eficacia jurídica, estando equiparable a los casos de no existencia de autorización o licencia administrativa, que estará subsumida en el tipo delictivo del art. 319 del CP. La caducidad declara la negativa a un permiso o autorización, o en otras palabras, el tipo del injusto se produce cuando la conducta típica no está protegida por la autorización.

## **5. Licencia urbanística y el silencio positivo**

La institución del silencio administrativo está regulado en nuestro Ordenamiento Jurídico en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), que fue reformada por Ley 4/1999, de 13 de enero. En un principio de forma general, el silencio es positivo en los procedimientos que son incoados a instancia de parte,

pudiendo ser a la inversa, es decir, ser el silencio negativo cuando así lo disponga una ley o una norma comunitaria europea. Siempre operará el silencio negativo en los supuestos de procedimientos referentes al derecho constitucional de petición; procedimiento donde se pueda transferir a los solicitantes o terceros, facultades sobre dominio público o el servicio público, y procedimientos impugnatorios de actos y disposiciones, excepto al recurso de alzada que se interponga contra una desestimación presunta.

En la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 se puede advertir que los actos administrativos que se generen como consecuencia de la institución del silencio administrativo positivo, gozan de plenos efectos jurídicos aun cuando se hayan obtenido *contra legem* siendo solamente impugnables acudiendo a la revisión de los actos administrativos establecidos en los artículos 102 y 103 de la 30/1992. Sobre el silencio administrativo positivo SANCHEZ DOMINGO<sup>253</sup> señala que vistos los aspectos más destacables de la regulación del silencio positivo en relación a las licencias urbanísticas, a efectos del delito urbanístico en relación a su otorgamiento, la doctrina se muestra favorable a la admisión del silencio administrativo, aceptando que si el promotor, constructor o técnico director proceden a realizar una construcción al amparo de una licencia obtenida bien mediante acto expreso o por silencio positivo no incurrir en responsabilidad penal al no darse el supuesto del artículo 319 del CP de llevar a cabo una construcción “no autorizada”, siempre que ésta no sea contraria a la legislación urbanística. En caso contrario, se tratará de una licencia *contra legem*.

---

<sup>253</sup> SANCHEZ DOMINGO, María Belén, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit, pag.12.

La Exposición de Motivos antes citada declara que el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz, que la Administración Pública solo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Ley<sup>254</sup>.

Tras la reforma operada por Ley 4/1999 en referencia a la institución del silencio administrativo, el art. 43.de la Ley 30/1992 establece que el silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud de interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general, o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario.

El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa al respecto.

---

<sup>254</sup> Vid. el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de enero, núm. 5356/1997, referente al anteproyecto de la reforma de la Ley 30/1992.

En cuanto a la obtención de licencia urbanística mediante silencio, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en muchas sentencias en el sentido de declarar que el otorgamiento de la licencia por silencio administrativo no debe entrar en contradicción con las normas del Ordenamiento Urbanístico, quedando prohibido el silencio positivo cuando el acto para la que se ha pedido la autorización no sea conforme con la legalidad urbanística, prevaleciendo el principio de legalidad urbanística frente al de seguridad jurídica.

El Tribunal Supremo, en referencia a la obtención del silencio administrativo tiene declarado que *“la obtención de las licencias por silencio requiere el cumplimiento, no sólo de los requisitos formales que al efecto se establezcan, sino también de los requisitos materiales o sustantivos, en el sentido de que la licencia debe ser conforme al planeamiento urbanístico, pues, sí así no fuera, el hecho de que se hubieran cumplido los plazos para obtener aquélla por la ficción del silencio positivo no sería suficiente y de nada serviría el cumplimiento de dichas circunstancias temporales”<sup>255</sup>*.

La ley del suelo estatal se refiere al silencio administrativo en un sentido negativo cuando la licencia urbanística tenga como objetivo una actuación contraviniendo el planeamiento. Esta regulación está establecida en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del suelo, al disponer en su artículo 8.1 que: *“Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la*

---

<sup>255</sup> STS de 15 de abril de 1987.



*legislación de ordenación territorial y urbanística. Su denegación deberá ser motivada. En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística”.*

Sobre el silencio administrativo, es de interés la Doctrina última que fija el Tribunal Supremo cuando declara que el silencio es siempre negativo en las solicitudes de licencias contrarias al Ordenamiento urbanístico<sup>256</sup>.

Por su parte el artículo 8.1 b), último párrafo, del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, dispone que en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística.

## **6. Defecto de licencia**

Se puede dar el supuesto de ejecución de obras que tengan la autorización administrativa, pero que estén viciadas de ilegalidad, siendo nulas de pleno derecho de conformidad con lo establecido en el art. 62.d)<sup>257</sup>

---

<sup>256</sup> La Sala Tercera, Sección 5ª del Tribunal Supremo en su sentencia 28 de enero de 2009, publicada en el BOE núm. 77, de 30 de marzo, en referencia al silencio administrativo, tiene declarado “*que siempre es negativa en la peticiones de licencias contrarias al ordenamiento urbanístico: Vaya por delante que el artículo 8.1 b) del Texto Refundido de la Ley de suelo de 2008 ha incorporado lo que disponía el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 con una redacción más general. Este, declarado expresamente vigente en la Disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril , y no derogado por la Disposición derogatoria única de la Ley 8/2007, establecía que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico”.*

<sup>257</sup> Artículo 62. Nulidad de pleno derecho. 1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

de la LRJPA, al disponer que los actos de las Administraciones Públicas que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. Si se declara la nulidad de pleno derecho de la licencia, las obras amparadas por ella tendrán la consideración de no autorizadas. La misma suerte deben correr las licencias si se han obtenido mediante engaño o falsedad de datos, incluido dentro de los supuestos que establece el art. 62.d) antes citado, guardando relación con lo dispuesto en el art.10.3 del RDLTRLS, que dispone que” *Serán nulos de pleno derecho los actos administrativos de intervención que se dicten con infracción de la ordenación de las zonas verdes o espacios libres previstos en los instrumentos de ordenación urbanística. Mientras las obras estén en curso de ejecución, se procederá a la suspensión de los efectos del acto administrativo legitimado, y a la adopción de las demás medidas que procedan. Si las obras estuvieren terminadas, se procederá a su revisión de oficio por los trámites previstos en la legislación de procedimiento administrativo común*”.

Dentro de la misma nulidad habría que conceptualizar las licencias que se hayan dictado prescindiendo total o absolutamente del procedimiento legalmente establecido, o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

## **7. La construcción defectuosa amparada en licencia legal**

Existen otros supuestos de infracciones urbanísticas, que aun contando con título legal habilitante, las obras ejecutadas no son ajustadas a

la licencia urbanística<sup>258</sup>. En estos casos, en un principio, la ejecución material de la obra está autorizada, pero se produce una deformidad de carácter cualitativo o de carácter cuantitativo en los casos de exceso de volúmenes o altura.

La edificación, construcción o urbanización realizada con autorización administrativa con extralimitación del contenido de la licencia urbanística son conductas que la doctrina<sup>259</sup> considera que son típicas del art. 319 del CP, con equivalencia a “*no autorizada*” o lo que es lo mismo, que ausencia de licencia.

Se pueden diferenciar dos supuestos dentro de la ejecución de obras que se realicen extralimitándose de su contenido. Si la edificación, construcción o urbanización fuera compatible con la ordenación, se requerirá para que, en el plazo que disponga la legislación que sea de aplicación, se solicite la preceptiva licencia, de lo contrario, se podrá acordar por el Ayuntamiento la demolición de lo indebidamente ejecutado a costa del infractor; lo mismo ocurrirá si las obras fuesen incompatibles con el planeamiento.

A modo de ejemplo en referencia a la deformidad de carácter cualitativa, se puede enumerar la ejecución de obras distintas a la autorizadas, como sucede si se solicita licencia urbanística para la edificación de una nave de aperos en suelo rural y contraviniendo la autorización municipal, se ejecuta un chalet. El carácter de estas

---

<sup>258</sup> Vid. SAP Almería (Sección 1ª) 296/2008, de 10 de noviembre.

<sup>259</sup> Vid. BARRIENTOS PACHO, Jesús María, “*Delitos relativos a la ordenación del territorio*”, Diario La Ley, 1996, Ref. D-351, Tomo 6, Editorial LA LEY.

ilegalidades o deformidades, bien sean tanto cualitativas como cuantitativas, la obra se entenderá como no autorizada, pudiendo ser calificada como infracción administrativa con el correspondiente expediente sancionador y de restauración de la legalidad urbanística, sin perjuicio de la sanción penal si el bien jurídico protegido ha sido violado gravemente.

Pero no es menos cierto que en los supuestos de deformidades cuantitativas, no será toda la construcción ilegal, pues solamente las obras que se hayan ejecutado con exceso se tendrán por no autorizadas. En este mismo sentido señala ACALE SÁNCHEZ<sup>260</sup>, que sólo si y en la medida en que con ese exceso no autorizado se haya afectado al bien jurídico protegido la conducta será perseguible penalmente. Si la deformidad es cuantitativa, el exceso no llega a suponer un inicio de afectación al bien jurídico, la conducta a pesar de ser no autorizada a efectos administrativos, en virtud del principio de ofensividad y de intervención mínima del Derecho penal, será merecedora de sanción administrativa, pero no de infracción penal.

## **V. LA RETROACTIVIDAD DEL PLANEAMIENTO URBANISTICO EN EL CODIGO PENAL**

En principio, la retroactividad de la norma o actos jurídicos, implica la extensión de su aplicación no solamente sobre hechos futuros sino también a hechos anteriores a la entrada en vigor. No siendo menos cierto

---

<sup>260</sup>ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit., pág. 229.

que la propia retroactividad es una situación muy excepcional, toda vez que puede entrar en contradicción con el principio de seguridad jurídica, y en consonancia con el art. 9.3 de la CE que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Al respecto sobre esto se ha pronunciado nuestro Alto Tribunal Constitucional al declarar que en límite de dicho artículo, hay que considerar que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, o en la esfera general de protección de la persona<sup>261</sup>, y en su consecuencia el principio de seguridad jurídica prohíbe la retroactividad en algunos casos, pues el sacrificio<sup>262</sup> del principio de seguridad jurídica que se produce al disponer el legislador la retroactividad máxima, sólo cabe cuando estén presentes exigencias cualificadas de interés general.

Nuestro texto punitivo en su art. 2.2 establece que *“no obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal será juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario”*. De este precepto se puede concluir que se está haciendo alusión al principio de legalidad que prohíbe la aplicación retroactiva de la leyes penales, así como tampoco el principio de retroactividad favorable no alcanza a las leyes temporales, consideradas como aquellas leyes que nacieron con una limitada vigencia

---

<sup>261</sup> STC 42/1996 de 10 de abril.

<sup>262</sup> STC 182/1997 de 28 de octubre.

temporal<sup>263</sup> Este efecto retroactivo también afecta a la normativa extrapenal, que complementa los tipos penales en blanco cuando la reforma de la normativa extrapenal refleja un cambio en la valoración de la conducta o afecta al núcleo de la misma<sup>264</sup>.

El principio *tempus regis actum* tiene como significado que el reo sea juzgado en consideración a la ley que esté en vigor en el momento de la comisión del hecho lectivo, y que es contrario a la aplicación retroactiva de la ley penal, dado que entraría en contradicción con el principio de legalidad, seguridad jurídica, taxatividad y *lex certa* y culpabilidad.

En cuanto a la posibilidad de la retroactividad en las normas de urbanismo, los tribunales españoles en la actualidad, están aplicando la máxima que será no autorizable, lo que no sólo no está permitido, sino que en el futuro tampoco podrá ser permitido ni autorizarse, dado que los mismos están considerados como atípicos los hechos delictivos de construcción no autorizable, cuando tienen la certeza de que va a haber un cambio de planeamiento próximo que convierta la edificación en autorizable. No es menos cierto que también sobre el concepto de

---

<sup>263</sup> Art. 25.1 de Constitución española 1978 “ Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

<sup>264</sup> STS de 28 de noviembre de 2003, “ No todas las modificaciones de las normas administrativas que contribuyen a complementar un determinado tipo penal tiene efecto retroactivo, aun cuando pudiese ser calificadas de favorable, pues dicho efecto no concurren en los supuestos de normas temporales, concepto que deben ser interpretado con criterios materiales y teleológico. No cabe estimar, por ejemplo, que una conducta calificada de conducción temeraria por circular en sentido contrario en una vía urbana deje de serlo por el hecho de que con posterioridad una nueva regulación circulatoria cambie el sentido de la vía”.

edificación autorizable existen discrepancias entre las Audiencias Provinciales<sup>265</sup>.

Existen pronunciamientos judiciales que se inclinan por exigir que la edificación no sea legalizable en ningún caso porque dicho tipo exige, en primer lugar, la concurrencia de un presupuesto objetivo, consistente en el carácter de no autorizable de la edificación, lo que debe diferenciarse de, obra no autorizada<sup>266</sup>, entendiéndose como por no autorizable lo que no sólo no está permitido, sino que en el futuro tampoco podrá ser permitido, debiéndose reservar el tipo delictivo del art. 319 del CP en consideración al carácter fragmentario del Derecho Penal y al principio de intervención mínima que lo informa, para aquellas infracciones urbanísticas que adolezcan de irregularidades tan graves y escandalosas, que ni siquiera quepa la posibilidad de una posterior subsanación, autorización o convalidación<sup>267</sup>.

---

<sup>265</sup> La AP de Jaén en sentencia de 18-1-2007, “*dos son las posturas existentes, la primera de la que podemos citar como exponente la SAP Castellón de 30 enero 2006, mantiene que la falta de autorización sin más en el momento de iniciar la construcción, supone que la acción es típica, independientemente de que fuese o no autorizada ex post, no pudiendo equipararse el término no autorizada que utiliza el precepto, al de no autorizable utilizado por el núm. 2 del mismo pero referido tan sólo a suelo no urbanizable, pues en definitiva, el legislador ha querido dar más protección a ciertos espacios naturales, no solo a través de posibilitar pena mayor, sino también no haciendo depender la tipicidad de eventuales legalizaciones posteriores, en el entendimiento de que las construcciones allí realizadas serán por lo general ilegalizables, y es por ello que en el mismo precepto utiliza esas dos expresiones diferentes (“no autorizada” por un lado, y “autorizable” por otro), con diverso alcance interpretativo, y resulta inadmisibile -mantiene la sentencia- que fuere un lapsus cuando las emplea correlativamente para suelos diferentes y con respuesta punitiva diferenciada, y .un segundo sector de las Audiencias Provinciales, entre las que cabe citar la SAP Madrid de 31 mayo 2005 y cuyo planteamiento se expone con detalle en la SAP Baleares de 14 julio 2003 , parte de que es indudable que el ámbito del Derecho penal tan sólo se han tratado de incluir aquellos comportamientos infractores de la regulación administrativa de mayor entidad o severidad, como parece ponerse de manifiesto por la tipología descrita en los dos párrafos del mismo precepto del capítulo (suelo de especial valor o protegido/no urbanizable).*”

<sup>266</sup> SAP de Cádiz de 29 de septiembre de 2004 y SAP de Valencia de 12 de febrero de 2003.

<sup>267</sup> SAP de Palencia de 13 de octubre de 1998.

La fundamentación jurídica de la retroactividad como ley más beneficiosa al reo en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo cuando se dictan o se modifican nuevas normas de planeamiento, descansa en que si el derecho administrativo urbanístico, como máximo garante de velar por la ordenación territorial, consiente o autoriza las ejecuciones de obra, que antes tenía prohibidas, no tiene sentido en atención al principio de intervención mínima, que el derecho penal intervenga, pues la legalización *ex post* tiene efecto retroactivo. La aplicación retroactiva de la ley más beneficiosa<sup>268</sup> al reo, es decir, el reconocimiento de efectos retroactivos a la legalización o modificación favorable para el sujeto activo del planeamiento urbanístico que deriva de aplicar el principio, propio de las leyes penales en blanco, según las cuales la norma complementaria (administrativa) integra la ley penal y, como consecuencia, rige también para ella en cuanto ley penal, los principios de irretroactividad y la excepción de retroactividad para la ley más favorable<sup>269</sup>.

A la administración le asiste la potestad del *ius variandi* para la modificación de los instrumentos de planeamiento, conllevando en multitud

---

<sup>268</sup>Vid. Auto TC (Pleno) 395/2004, de 19 de octubre, sobre cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, en relación con el art. 319.2 CP por posible vulneración de los principios de proporcionalidad y de seguridad jurídica, declara en su Fundamento Jurídico Cuarto que *por lo que se refiere a la supuesta vulneración del principio de seguridad jurídica aparece fundamentado también en dos consideraciones, por un lado, en que la extensión del tipo puede llevar a situaciones de desigualdad y arbitrariedad, fuertemente condicionadas por la sucesión de planeamientos y recalificaciones que podrían provocar la sanción de una conducta por construcción en terreno rústico que con escaso margen temporal sea calificado como urbanizable y, por otro, en que el tipo penal remite a una materia de protagonismo legislativo de las Comunidades Autónomas que carece de una necesaria definición del núcleo del delito, con lo que no se establece una debida autonomía con las infracciones administrativas.*

<sup>269</sup> Vid. ACUESTA AGUADO, Paz M., “La aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art. 319 CP”, Revista de derecho penal y criminológico, 3ª Época, núm. 6, año 2011, pág. 36.



de ocasiones la convalidación de obras que eran contrarias al planeamiento urbanístico vigente en el momento de su ejecución. En estos supuestos existen en nuestros tribunales sentencias erróneas al aplicar retroactivamente la norma más favorable al reo, pues lo legal y acorde con las leyes sería que los jueces, en el momento de resolver cualquier litigio sobre delitos cometidos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, atendieran exclusivamente a la normativa urbanística que estuviera en vigor<sup>270</sup> en el momento de la comisión de la conducta delictiva, en consideración de que la normativa en materia de urbanismo es un complemento del tipo penal.

## **VI. LAS LEYES PENALES EN BLANCO EN LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACION DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO**

Son elementos normativos los que en su interpretación hay que buscarlos en otras normas jurídicas<sup>271</sup>, y estamos ante una ley penal en

---

<sup>270</sup> Para la AP de Sevilla (Sección 4ª), Sentencia núm. 234/2007 de 25 de mayo: “Cuando el legislador introduce en el art. 319.2 la mención de que la edificación ilegal ha de ser “no autorizable” no se está refiriendo a la eventualidad de que en un futuro, más o menos incierto, pudiera modificarse la legalidad urbanística. Esta interpretación conduciría al absurdo, puesto que en el terreno de las hipótesis de trabajo toda calificación, incluso la declaración de especial protección es susceptible de modificación por decisión del legislador o de la administración competente en materia urbanística, por lo que este elemento del tipo ha de referirse necesariamente a la ilegalidad de la edificación en el momento en que se realiza, de modo que no basta que se haya levantado sin licencia y que se haya hecho en suelo no urbanizable, sino que es necesario que, además, sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento y que, por ello, no hubiera sido posible su autorización. Esto conduce a penalizar únicamente la ilegalidad urbanística de fondo, reservando para el ámbito de las infracciones administrativas la ilegalidad meramente formal de la falta de licencia”.

<sup>271</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 64. Es frecuente considerar leyes penales en blanco aquellas en las que su supuesto de hecho o al menos parte de su supuesto de hecho o presupuesto viene recogido o regulado por otra norma extrapenal a la que se remiten .

blanco cuando el supuesto de hecho se completa con otra norma o una ley, incorporándose como parte de la misma<sup>272</sup>.

Para poder precisar si nos encontramos en presencia de un delito incardinado en el precepto penal del art. 319.2, habrá que acudir a la norma administrativa con el objeto de determinar si la ejecución de las obras se realizan en suelo clasificado como no urbanizable, y si son o no autorizables. En este sentido se manifiesta GARCÍA ARÁN<sup>273</sup>, distinguiendo entre remisiones en bloque, que son donde la infracción de la normativa administrativa se convierte en elemento típico, es decir, es el hecho sobre el que recae el desvalor penal; y remisiones interpretativas que son las que en la normativa extrapenal es necesaria para poder interpretar un elemento típico; pudiendo producirse o no infracción de la normativa extrapenal, pero no tiene lugar la incorporación del cumplimiento de la normativa extrapenal como interés añadido al protegido penalmente.

La ley penal en blanco, en el delito tipificado en el apartado segundo del art. 319, no respeta el principio de legalidad, en el entendimiento que la definición legal no está expresando la taxatividad del núcleo del acto prohibido<sup>274</sup>. Sin embargo el propio Tribunal Constitucional mediante Auto 395/2004 de 19 de octubre, declara que *“el tipo penal del art. 319.2 observa cumplidamente el canon constitucional sobre las normas penales en blanco”*. En el mismo sentido se expresan otros autores que entienden

---

<sup>272</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *“Los delitos urbanísticos”*, op. cit., pág. 193.

<sup>273</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes, *“Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”*, EPCrim, tomo XVI, 1993, pp. 65-103.

<sup>274</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *“Los delitos urbanísticos”*, op.cit., pág. 194.

que los tipos de los delitos urbanísticos son perfectamente compatibles con el principio de legalidad<sup>275</sup>.

Siguiendo a de la CUESTA AGUADO<sup>276</sup> existen supuestos que no requieren una remisión normativa a otra rama del Ordenamiento Jurídico cuando los elementos normativos se encuentran definidos en el propio Código Penal, pero hay otros que si deben de acudir a conceptos jurídicos extrapenales con el fin de dotarlos de contenidos y hacer más fácil su interpretación.

Nuestros tribunales tienen declarado que las leyes penales en blanco son elementos normativos, y por ello consideran que es constitucionalmente, que la norma jurídica penal no agote la completa descripción típica de supuesto ni las consecuencias que de él se derivan, siempre que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado, en razón del bien jurídico protegido por la norma penal y que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza<sup>277</sup>.

Las normas penales en blanco están consideradas por nuestra jurisprudencia<sup>278</sup> como normas penales incompletas en las que la conducta

---

<sup>275</sup> Vid. GRACIA MARTIN, Luís, “*Los tipos delictivos de los artículos 319 y 321 del CP*”, en *La disciplina urbanística: el suelo no urbanizable, las parcelas ilegales y el nuevo Código Penal*, Edita Gobierno de Aragón, Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo, Zaragoza, año 1996, pág. 189-198.

<sup>276</sup> ACUESTA AGUADO, Paz M., “*La aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art. 319 CP*”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 6 (2011), pág. 24, UNED.

<sup>277</sup> SAP de Tarragona (Sección 2ª), núm. 32/1998, de 20 de enero.

<sup>278</sup> STC, (Sala 1ª), núm. 24/1996, de 13 de febrero, afirma que “*la técnica que permite completar el perfil de los tipos penales mediante el reenvío normativo, constituye una práctica que, si bien desde la ortodoxia conceptual puede justificar ciertos recelos iniciales, resulta del todo punto necesaria en una sociedad altamente desarrollada y que requiere una respuesta sumamente precisa acerca de los límites que deslindan la actuación lícita de aquella que no sólo no lo es, sino que lleva aparejada la más enérgica y contundente reacción que permite el ordenamiento jurídico, como es la sanción penal. Así, ya*

no se encuentre agotadoramente prevista en ella, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta<sup>279</sup>, y que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la forma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo, con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada. Señala LUZÓN PENA<sup>280</sup>, que las normas incompletas son, en primer lugar, las que contienen solo el supuesto de hecho o sólo la consecuencia jurídica, en cuyo caso naturalmente hay que unir las con otra proposición completa.

La doctrina<sup>281</sup> señala que se designa como ley penal en blanco a una específica técnica de tipificación en la cual la ley penal no define totalmente el supuesto de hecho, sino que se remite mediante elementos lingüísticos normativos, a otra norma jurídica no penal para completarlo.

Resulta significativo que, en referencia a la ley penal en blanco, si la norma autonómica puede complementarse desde nuestro punto de vista,

---

*dijimos en la STC 111/1993, citada por la recurrente y Ministerio Fiscal, que las exigencias derivadas del principio de legalidad «no suponen que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Por el contrario, es posible la incorporación al tipo de elementos normativos (STC 62/1982), y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987); esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley, además de señalar la pena, de certeza, o como señala la citada STC 122/1987, sea de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y resulte, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”.*

<sup>279</sup> STC 127/1990, de 5 de julio.

<sup>280</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”, op. cit., pág. 63.

<sup>281</sup> Vid. ACUESTA AGUADO, Paz M., “La aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art. 319 CP”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, núm. 6 (2011), pág. 27, UNED.

creemos también, que que los jueces y magistrados que estén conociendo un litigio sobre los delitos del art. 319.2, pueden utilizar como complemento de la ley penal las propias normas de las Comunidades Autónomas pudiendo exigir que los requisitos de tales normas se acomoden a las garantías constitucionales establecidas en el art. 25.1 de la CE, y que no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio. La cuestión que se debate no es que la norma autonómica contenga un tipo penal, sino si el órgano judicial puede integrar el tipo penal con una norma autonómica de naturaleza administrativa o, si la norma autonómica puede servir de complemento a la ley penal en blanco. El Tribunal Constitucional<sup>282</sup>, al dar una respuesta a esta problemática, declara que es menester partir de que nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado una estructura compuesta, en la que están llamadas a coexistir la legislación estatal y la legislación autonómica. La función que corresponde al Estado de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 149.1.1ª CE), no puede ser entendida de tal manera que vacíe de contenidos las competencias que las Comunidades Autónomas asumen al amparo del art. 148 de la CE, y de sus propios Estatutos de Autonomía, que han de ser respetados en sus propios términos, o a partir de esas premisas, es posible que sea diferente la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional<sup>283</sup>.

---

<sup>282</sup> STC (Sala 2ª) 120/1998, de 15 de junio, RTC 1998\120.

<sup>283</sup> Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *“La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios”* Editorial Aranzadi, Navarra, 2010, pág.278. No se nos oculta que el Tribunal Constitucional ha establecido los supuestos y las condiciones en que la integración de tipologías penales por normativa autonómica no supone vulneración del principio de igualdad y, por tanto, resulta admisible.

La competencia estatal para fijar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos<sup>284</sup>, y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, no puede constituir un obstáculo para que las Comunidades Autónomas ejerzan competencias estatutarias cuando el Estado incurre en inactividad. Si bien es cierto que las CCAA deben de entresacar esas condiciones básicas de la legislación vigente, ello no tiene porque producir unos resultados uniformes, que podrán ser contrarios a la propia naturaleza del Estado de las Autonomías<sup>285</sup>.

Lo que no acaba de comprender algún sector de la doctrina científica, es que si el Código Penal es único en todo el territorio nacional no es comprensible que las normas que son dictadas por las Comunidades Autónomas en referencia a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, complementen el art. 319 y tengan la atribución de qué persona comete o deja de hacer un ilícito delictivo. Si esto es así, se puede correr el grave riesgo de poder esquivar el Código Penal, optando por la Comunidad Autónoma donde mejor se pueda desarrollar la construcción con menor peligro<sup>286</sup>. Este trato diferente a los ciudadanos, en consideración al lugar donde se cometa la acción punible, puede entrar en contradicción con el principio de seguridad jurídica e igualdad ante la ley de todos los españoles; conculcando además el principio de legalidad, haciendo

---

<sup>284</sup>Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit., pág.197. Mientras la clasificación del suelo se haga conforme a la ley estatal, que tiene como misión establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad inmobiliaria de todos los españoles, no hay razones de peso que puedan alegar con el objeto de negar la competencia del legislador penal de crear delitos que requieran tales complementos.

<sup>285</sup> STC 37/1987, de 26 de marzo, RTC\1987/37.

<sup>286</sup> Vid. LÓPEZ LAGO, Olga, “*Los delitos urbanísticos, Derecho urbanístico de Andalucía*”, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Editorial La Ley, Madrid, 2004, pág. 1.190.

depender el ámbito de lo que es una acción delictiva, de la interpretación y aplicación de normas de rango inferior a la Ley Orgánica, y a mayor abundamiento también aplicándose reglamentos, con el problema añadido de la dispersión de la normativa administrativa<sup>287</sup>.

El problema se suscita cuando es aplicada o interpretada la ley penal en blanco acudiendo a las normas que dictan las Comunidades Autónomas<sup>288</sup> o las Administraciones Locales, afectando al principio de igualdad ante la ley penal, en el entendimiento que existirá o no delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en atención en la Comunidad donde se realice el acto delictivo, dependiendo si el tipo de ejecución de la edificación, construcción, o urbanización, sea autorizable en una Comunidad Autónoma y no en otra; esto ha sido solucionado tanto mediante la STC 120/1998, como por el Auto de 19 de octubre de 2004, del mismo órgano judicial, al declarar la viabilidad de las normas que dicten las propias CCAA en el marco de sus competencias que operaran como complemento válido de las leyes penales en blanco.

Los preceptos que estamos analizando contienen expresas menciones de la ley penal y del núcleo esencial de la prohibición, y además se describen las conductas típicas, los artículos de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo que incluyen una serie de

---

<sup>287</sup> Vid. POMARES CINTAS, Esther/BERMEJO CHAMORRO, Antonio José, “¿Era necesario reformar los delitos urbanísticos?, Especial referencia a los delitos de corrupción urbanística y a su trayectoria jurisprudencial”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, núm. 6/2011, UNED, pág. 109-150.

<sup>288</sup> El Alto Tribunal Constitucional tiene declarado que las leyes penales en blanco que remiten para la integración del supuesto de hecho típico a normas de rango reglamentario son constitucionalmente admisibles en la medida en que la remisión sea necesaria por razón de la materia, y no sea ilimitada, y que se realice de manera expresa y marque unos límites en el recurso a la instancia inferior, y, en todo caso, se mantenga en el seno de la norma criminal la delimitación del núcleo esencial del injusto, en expresión de un juicio de desvalor autónomo de la propia norma penal. (ATC 338/2008, de 27 de octubre).

elementos normativos cuyo complemento de remisión se deberá buscar fuera del texto punitivo en la legislación urbanística.

Como se ha apuntado los tipos penales que se analizan deben de complementarse con la normativa extrapenal urbanística, que en la mayoría de los casos son dictadas por los entes locales. La aplicación de estas técnicas puede crear situaciones de desigualdad dependiendo del lugar o la CCAA<sup>289</sup> donde se realice la acción delictiva; además puede verse conculcado el principio de igualdad, dado que las consecuencias pueden derivar para un derecho fundamental como la libertad personal, que está reservado a la Ley Orgánica y a la ley penal en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, y deben de complementarse por normativa, que aunque en algunos supuestos tengan la categoría de leyes, son dictadas por los Parlamentos de las Comunidades Autónomas que a veces, son también complementadas por la normativa penal con disposiciones de normativas urbanísticas de rango inferior al legal. Sobre este respecto señala BARRIENTOS PACHO<sup>290</sup> que desde la perspectiva de

---

<sup>289</sup>Vid. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *“La problemática de las normas penales en blanco: Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 106 a 119. Las disposiciones extrapenales que complementan el supuesto de hecho previsto en la ley penal puede ser –y, de hecho, frecuentemente son– autonómicas, toda vez que el art. 148.1 CE atribuye competencia a dichos entes territoriales en una pluralidad de materias entre las que se encuentra la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (art. 148.1.3 CE). Esta circunstancia, en virtud de la cual la normativa autonómica puede contribuir, de forma indirecta, a delimitar el supuesto de hecho prohibido en la ley penal, ha generado dos órdenes de crítica. En primer lugar, se ha considerado que de este modo se produce una vulneración de la distribución competencial entre los diferentes entes soberanos que consagra la Constitución, en cuyo art. 149.1.6 se establece la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación penal y penitenciaria. En segundo lugar, se ha sostenido que ese complemento autonómico de la norma penal en blanco quiebra la uniformidad de la ley penal en el conjunto del Estado; más aun, la buena parte de la doctrina entiende que puede conducir a una violación del principio de igualdad ante la ley, ya que una misma conducta generará responsabilidad penal o no dependiendo del ámbito territorial en el que se verifique.

<sup>290</sup>BARRIENTOS PACHO, Jesús María, *“Delitos relativos a la ordenación del territorio”*, La Ley, Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 6, año 1996, pág. 1555-1561.



principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley penal, dicho principio puede verse cuestionado, y en la realidad se va a ver frecuentemente invocado como infringido, como consecuencia de la distinta consideración que para las distintas fuentes normativas vaya a merecer los mismos comportamientos urbanísticos; así puede ocurrir que un determinado lugar o monumento, de alto interés paisajístico, ecológico o monumental, no hubiere sido declarado como tal por dejadez o inactividad del ente administrativo o Comunidad encargada de su gestión, mientras que un paraje o monumento de considerable menor interés o incluso desprovisto de él, por el celo desmedido de otro ente administrativo distinto o de otra Comunidad Autónoma, gozase de la expresada protección que vendría a tomar cualquier ataque al mismo como típico y delictivo, mientras que los ataques al otro bien merecedor de la misma o mayor protección no va a merecer reproche de tipo alguno.

En el artículo 319 del CP se contiene la descripción expresa del núcleo esencial de la prohibición, como también la mención de la sanción que se impondrá al infractor. Para describir el injusto típico, al tratarse de un elemento normativo, se debe de complementar con la remisión a la materia extrapenal, como por ejemplo cuando se describen los términos *no autorizados o no autorizables*<sup>291</sup>.

---

<sup>291</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, José María, “Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en AA.VV., Estudios penales y criminológicos. XX, Universidad de Santiago de Compostela, 1997, pp. 311 a 332. En las materias en que es esencial una actuación preventiva de los poderes públicos a través de una muy compleja normativa administrativa, la configuración de los ilícitos penales como tipos en blanco es la más adecuada para conseguir una mejor definición de prohibido, cuyo contornos quedan precisados por aquella.

Para la comprensión del significado de los elementos normativos se deberá acudir a las normas extrapenales<sup>292</sup>, considerándose por esta técnica que el precepto del art. 319 donde se regula el delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, tiene naturaleza de ley penal en blanco.

La ley penal en blanco, al no cumplir la función de expresar qué conductas son contrarias a la norma, precisa de la técnica del reenvío a una disposición normativa extrapenal, que en lo referente a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, se debe de acudir a la norma administrativa que regula la materia urbanística<sup>293</sup>, con el objeto de seleccionar los elementos necesarios que perfeccionen el contenido del tipo delictivo del art. 319 CP<sup>294</sup>.

El Tribunal Constitucional declara que el reenvío normativo debe ser expreso y además que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley además de señalar la pena contenga el núcleo esencial de la prohibición, y sea satisfecha la exigencia de certeza, y que además se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de

---

<sup>292</sup>Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op.cit, pág.165. Desde el punto de vista de su contenido es norma penal parcialmente en blanco, pues hay que recurrir a la normativa administrativa de corrección para entender en sus justos términos los elementos normativos allí incluidos, caracterizados por su contenido esencialmente técnico (viales, zonas verdes...). De esta forma el resto de la legislación urbanística y de ordenación del territorio, desde el propio RDLTRLS, pasando por las normas autonómicas, hasta el PGOU del último municipio del territorio español, se convierten en instrumento de apoyo de la labor del juez penal a la hora de proceder a aplicar el art. 319.

<sup>293</sup>Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 63. Entiende que la precisión –técnica- de estos términos construcción “*no autorizada*” o edificación “*no autorizable*”, necesitan el recurso a la norma extrapenal administrativa para concretar su contenido, precisando a tal efecto los supuestos en los cuales la Administración autorice esa construcción o edificación convirtiendo la conducta en lícita.

<sup>294</sup> Vid. MORALES PRATS, Fermín, “*La estructura del delito de contaminación ambiental*”, Editorial Aranzadi, Navarra, 1997, pág. 483. Vid. también, LASO MARTÍNEZ, José Luis, “*Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal*” Marcial Pons, Madrid, 1997, este autor señala que no estamos en el delito urbanístico ante una ley penal en blanco dado que no se da una norma penal en blanco aunque se refiera a conceptos o instituciones jurídicas del orden administrativo, porque en ella no se define el delito sino que se contempla la categoría formal que determina la existencia del tipo.

delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo, con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada<sup>295</sup>.

Como tantas veces hemos mencionados en referencia a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, el núcleo de la prohibición estará delimitado por la expresión *“llevar a cabo una construcción, edificación o urbanización, pues esta prohibición debe ser lo más concreta y precisa posible, debiendo fijar la ley penal el núcleo esencial de la propia prohibición”*.

En los tipos penales que estamos analizando, se pueden observar remisiones penales que se pueden realizar a las normas administrativas de rango igual o inferior, dado que la descripción plena no la da el precepto penal, debiéndose acudir a la norma complementaria ajena al orden punitivo<sup>296</sup>.

Dando por sentado que el Derecho penal urbanístico se integra en parte en nuestro Código punitivo a través del reenvío a las leyes penales en blanco, no es menos cierto que para la doctrina científica, esta técnica legislativa tiene sus ventajas e inconvenientes. Para los que defienden esta técnica, una de las mayores ventajas es que, debido a las circunstancias de los continuos cambios de la sociedad a consecuencia de la rápida evolución de las tecnologías, no viene siendo acertada la elaboración constante de

---

<sup>295</sup> SSTC 62/1994, 122/1987 y 127/1990.

<sup>296</sup> STS de 30 de noviembre de 1990, de 11 de marzo de 1992 y 5 de octubre de 1993.

normas penales que regulen completamente el comportamiento punible, y en ello la cambiante y evolutiva ordenación del territorio<sup>297</sup>.

En definitiva, el reenvío a la norma penal en blanco, conlleva la ventaja de una mayor flexibilidad y agilidad del Derecho punitivo, que trae como causa una eficaz adaptación a la cambiante sociedad actual, garantizando la estabilidad y continuidad de nuestra norma penal.

Para los detractores no faltan inconvenientes<sup>298</sup> a la utilización de esta técnica legislativa, considerando que la norma penal debe de elaborarse íntegramente por el poder legislativo que expresa la voluntad soberana del pueblo, y el reenvío a la norma penal en blanco para que sea complementada por las normas administrativas urbanísticas, supone una delegación de la materia penal que es competencia de la potestad legislativa de las Cortes Generales. Esta técnica vulnera el principio de legalidad, dado que dejar la norma penal a expensas del poder ejecutivo, o de la propia administración, convirtiéndose en un riesgo que puede hacer quebrar los más básicos principios del Estado Social de Derecho, como es el de legalidad. A esta postura se enfrenta TERRADILLOS BASOCO<sup>299</sup>, al señalar que *el reenvío a normas de rango inferior no tiene por qué suponer*

---

<sup>297</sup> Vid. BLANCO LOZANO, Carlos, “*El delito urbanístico*”, Editorial Montecorvo S.A, Madrid, año 2001, pág. 45.

<sup>298</sup> Vid. BLANCO LOZANO, Carlos, “*idem*”, pág. 60: Desde un punto de vista puramente teórico, las críticas a la utilización de la ley penal en blanco están plenamente justificadas y son técnicamente irreprochables. Desde un punto de vista pragmático, sin embargo, la cuestión deviene más compleja. En efecto, existen determinadas infracciones jurídicas de fuerte gravedad y complejidad –cuales son las que afectan a la ordenación del territorio-, que se vienen socialmente perpetrando una y otra vez a pesar de hallarse plenamente vigente toda una suerte de heterogéneas y dispersas normas urbanísticas legales, reglamentarias, comunitarias, autonómicas, locales, etc., las cuales, en consecuencia, se han mostrado ineficaces al respecto. Y es entonces, y sólo entonces, cuando conforme a los postulados de intervención mínima, última *ratio*, subsidiariedad y fragmentariedad, le toca entrar en juego al Derecho penal.

<sup>299</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “*El ilícito ecológico, sanción penal-sanción administrativa*”, op. cit., pág. 91.

*merma del principio de legalidad, ya que en las materias en que es esencial una actuación preventiva de los poderes públicos a través de una muy compleja normativa administrativa, la configuración de los ilícitos penales como tipos en blanco es la más adecuada para conseguir una mejor definición de lo prohibido, cuyos contornos quedan precisados por aquélla. Con ello, y es en el fondo de lo que se trata, las decisiones de la Administración van a poder ser objeto de control jurisdiccional.*

Otros de los inconvenientes de la norma penal<sup>300</sup> en blanco, es que siendo requisito esencial para dictar leyes, el cumplimiento de las formalidades que exige el Ordenamiento español en el momento de la elaboración de las normas penales mediante Ley Orgánica, no es conveniente la creación de normas de rango inferior, como sucede en la Ley Ordinaria que integre el tipo penal para la protección de la ordenación del territorio, y a más si cabe, si la Administración a través de las potestades reglamentarias, dictan normas en materia urbanística que puedan incidir en el momento de concretar los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo acudiendo a la práctica del reenvío de la norma penal en blanco.

El complemento de las leyes en blanco es un problema debido a la existencia en el Ordenamiento Jurídico administrativo de la enorme amplitud y dispersión de las normas extrapenales en materia urbanística, dada la imposibilidad de que el ciudadano conozca con exactitud las

---

<sup>300</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “La criminalidad ecológica en la legislación penal española”, Homenaje a la memoria del Profesor D. Juan del Rosal, Madrid, pág. 877 *considera que tales referencias de remisión resultan indeterminadas e improcedentes en el marco de un tipo legal de delito, así como difícilmente dilucidables desde la perspectiva de las exigencias típicas del principio de legalidad penal, de forma que dicho empleo no sólo encierra retóricas reminiscencias legislativas, sino que contiene una grave inobservancia de las exigencias de seguridad y certeza jurídicas que han de presidir la tipificación de las leyes penales, por lo que resulta, en suma, seriamente objetable.*

normas relativas a la ordenación del territorio y el urbanismo que a veces resultan muy farragosas, confusas, difusas, y que la claridad brilla por su ausencia, pudiendo con ello vulnerarse el principio de certeza y legalidad. En este mismo sentido se manifiesta COLÁS TURÉGANO<sup>301</sup> cuando señala que no se puede manifestar que con la ley penal en blanco, se gane en certeza cuando se reenvía a una normativa extraña al derecho punitivo, que lejos de ser clara y unitaria, se caracteriza por ser infinitamente amplia, confusa heterogénea , farragosa, difusa y contradictoria.

Para BLANCO LOZANO<sup>302</sup> si se constata la existencia de las leyes penales en blanco, se concede al principio de legalidad una flexibilidad incompatible con la esencia del mismo porque, o se establecen delitos y penas por medio de Ley Orgánica y entonces se respeta el principio, o bien no se hace y en tal caso, se estaría incurriendo en un flagrante quebrantamiento de tan esencial principio jurídico-penal con todas las consecuencias negativas que dicha vulneración llevaría consigo: inseguridad jurídica para el ciudadano (su conducta será o no punible dependiendo de la voluntad cambiante del Ejecutivo), así como ruptura del principio de división de poderes (el Ejecutivo se inmiscuye en parcelas exclusivas del Legislativo, y nada menos que en un ámbito, como es el penal, reservado a Ley Orgánica).

Aunque ya hemos tenido ocasión de hacer mención, otros de los inconvenientes, es que nuestra Carta Magna atribuye competencia legislativa a través de los Estatutos de Autonomía a las Comunidades

---

<sup>301</sup> COLÁS TURÉGANO, María Asunción, “Artículo 47. ¿Ruptura con el principio de legalidad?”, Comentario a la Sentencia 173/91 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Valencia, Revista del Poder Judicial núm. 26, junio 1992.

<sup>302</sup>BLANCO LOZANO, Carlos, “El delito urbanístico”, op. cit, pág. 56.

Autónomas en materia de ordenación del territorio, pudiéndose incurrir en inconstitucionalidad, cuando unos mismos hechos pueden ser delitos o no dependiendo en la Comunidad donde se ejecuten los actos delictivos.

## VII. SUJETOS DE LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO

### 1. Sujetos activos

El Código Penal, en su artículo 319, alude a que los sujetos activos del delito sobre la ordenación del territorio son los promotores, constructores y técnicos directores<sup>303</sup>, es decir, está limitando a otros sujetos del ilícito penal, pareciendo en principio que estemos ante un delito especial propio<sup>304</sup>. En parecidos términos se pronuncia QUERALT JIMÉNEZ<sup>305</sup>, que señala que, en principio, estamos ante un delito especial en la medida en que sólo lo pueden cometer los promotores, los constructores y los técnicos directores de la construcción, limitación que ya fue advertida por el CGPJ.

---

<sup>303</sup> Vid. SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *“Derecho penal. Parte especial”*, 15ª edición, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 636. Autores de este delito sólo pueden ser los promotores, constructores o técnicos, tratándose, por lo tanto, de un delito especial.

<sup>304</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, *“Derecho Penal. Parte Especial”*, Editorial Tirant lo Blanch, 18ª edición, Valencia, 2010, pág. 572. Sujeto activo de este delito pueden ser los promotores, constructores o técnicos directores. La normativa administrativa no define lo que deba entenderse por tales, lo que puede plantear problemas interpretativos. Conforme a su significado común, promotor es quien organiza la construcción encargándose de presentar en el órgano correspondiente un proyecto de construcción que necesita para su realización la correspondiente licencia. Constructor es quien ejecuta los trabajos previstos por el técnico bajo su control. Técnico director es el encargado de redactar el proyecto, diferenciándose del arquitecto técnico, encargado de la vigilancia de la calidad de los materiales de la obras, así como de su correcta disposición en ella.

<sup>305</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *“Derecho Penal Español. Parte Especial”*, editorial Atelier, 6ª edición, Barcelona, 2010, pág. 1089.

El sujeto activo del delito es quien realiza materialmente o mediatamente o coopera de algún modo penalmente conminado a la ejecución del hecho delictivo.

Se puede deducir del artículo 319 del Código Penal de 1995, que los sujetos activos del delito sobre la ordenación del territorio son los promotores, constructores y los técnicos directores. En igual sentido se manifiesta MARTOS NÚÑEZ<sup>306</sup>, que considera que se trata de un delito especial, requiriéndose a los técnicos directores que estén en posesión del correspondiente título profesional que les habilite para la función que deben desempeñar.

Para poder enumerar y definir los sujetos activos de estos tipos de ilícitos nos tenemos que remitir a lo preceptuado en la ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, la cual establece que la responsabilidad<sup>307</sup> de la construcción o edificación recae sobre los propietarios, promotores y constructores, así como sobre otras personas que tengan atribuidas facultades decisorias sobre la ejecución o el desarrollo de los actos, incluso sobre los técnicos titulados, directores, y redactores de los proyectos, cuando concurren con dolo, culpa, o negligencia grave<sup>308</sup>.

---

<sup>306</sup> MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, *“Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial tomo I”*, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, pág. 308.

<sup>307</sup> Vid. El Artículo 193 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que enumera los agentes responsables de las infracciones urbanísticas.

<sup>308</sup> La Ley 24/1991, de 29 de noviembre, reguladora de la vivienda en Cataluña, establece en su artículo 3.1, *“que es promotor de viviendas la persona física o jurídica que decide, programa e impulsa su construcción o rehabilitación, la suministra, aunque sea ocasionalmente, al mercado inmobiliario y transmite su titularidad dominical o las adjudica o cede mediante cualquier título”*. En parecidos términos se pronuncia también. La Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, que en su artículo 116, dispone *“que serán responsables de los actos de uso del suelo que se ejecuten sin licencia urbanísticas ni orden de ejecución, o sin respetar sus condiciones, el propietario de los terrenos, el promotor y, en su caso, el constructor, los técnicos que dirijan las obras y las empresas suministradoras de servicios”*.



En un principio, la jurisprudencia en sus iniciales sentencias, en referencia al artículo 319 CP, consideraba estos tipos de delitos como “*especiales*”, pues si solamente podían ser cometidos por promotores y constructores que se dedicaran profesionalmente a la actividad de la construcción, tan sólo un sector doctrinal minoritario entendía que se trataba de delitos “*comunes*”, y en su consecuencia la mayoría de los particulares quedaban absueltos de los delitos urbanísticos<sup>309</sup>, en atención al principio de *última ratio* del derecho penal, y solamente los casos de mayor gravedad, al bien jurídico protegido debían estar incardinados dentro del tipo delictivo del art. 319. La construcción o edificación ejecutada por un particular que no era profesional, al ser un delito “*especial*” quedaba fuera del tipo. Otros datos que se tenían en cuenta para no incriminar a los particulares no profesionales, era el castigo a la pena de inhabilitación,<sup>310</sup> con la creencia que esta pena solamente iba dirigida a los agentes que eran profesionales y que se dedicasen a la actividad económica de la construcción de forma habitual<sup>311</sup>. Para algunos autores no se trata de un delito especial propio sino todo lo contrario de un delito común, con el entendimiento de que existen sentencias que consideran que no todos los sujetos incardinados en el art. 319 del CP son profesionales de la construcción, dado que la profesionalidad de los sujetos activos del art. 319

---

<sup>309</sup> SAP de Córdoba 43/2003, de 27 de febrero, y SAP de Jaén 56/200, de 9 de marzo.

<sup>310</sup> Para el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), en su Sentencia núm. 1250/2001 de 26 de junio, tiene declarado que el argumento relativo a la previsión de la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio contenida en el precepto, no puede excluir a las personas que promuevan o construyan sin licencia o excediéndose de la concedida, y que no sean profesionales, de la autoría del delito, pues no deja de tener sentido dicha inhabilitación aun en dicho caso, puesto que tales actividades están sujetas al régimen de licencia y autorización y ello ya comporta una relación con la Administración de que se trate, inhabilitación que conforme a lo dispuesto en el artículo 45 CP deberá concretarse expresa y motivadamente en la sentencia.

<sup>311</sup> SAP de Cádiz (Sección 3ª), de 22 de diciembre de 1998.

no cabe deducirla del tenor literal del precepto, pues será promotor el que construya o promueva con independencia de su dedicación profesional o no a la actividad de la construcción. Si se excluyese a los promotores no profesionales del ámbito de aplicación, originaría una desprotección al bien jurídico protegido<sup>312</sup>. POZUELO PÉREZ<sup>313</sup>, en cambio, señala que el hecho de que el art. 319 especifique la actividad profesional de los sujetos que pueden realizar las conductas típicas abona la tesis de que del tenor literal cabe deducir que se trata de profesionales de la construcción; en cuanto a entender que el tipo lo realiza cualquier sujeto “*que promueva*” o “*que construya*” supone una interpretación excesivamente amplia, que además no se adecua con el tenor literal del precepto. También para esta autora, no existe desprotección de bien jurídico protegido por el hecho de no incluir dentro de este tipo penal a los particulares, pues esta conducta está sancionada por el Derecho administrativo urbanístico.

Toda la argumentación sobre la no incriminación como sujetos activos a los que no fuesen profesionales de la construcción, cambió a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1250/2001, de 26 de junio, que obligó a las Audiencias Provinciales a cambiar de criterio. Esta resolución judicial declaró que sujeto activo de los tipos penales del art. 319, podía ser cualquiera que se dedicase a la promoción y construcción, con el entendimiento que es la afección negativa del bien jurídico protegido y no la característica de su autor. La misma gravedad recae sobre el bien jurídico protegido ordenación del territorio, que la ejecución de la construcción la realice un profesional de la actividad de promoción, o

---

<sup>312</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “*Derecho Penal de la Construcción. Delincuencia urbanística*”, editorial Comares, Granada 2012, pág. 36.

<sup>313</sup> POZUELO PÉREZ, Laura, “*Idem*”, pág. 37.

construcción que un particular, sin perjuicio que el juzgador considere en base al principio de insignificancia que una edificación, construcción o urbanización, que sea nimia y no tenga la entidad suficiente para entenderla como grave.

En palabras de ACALE SÁNCHEZ<sup>314</sup>, la pacificación jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal Supremo no ha impedido no obstante, que las distintas Audiencias Provinciales hayan recurrido posteriormente a otros instrumentos, en particular, al error para eximir de responsabilidad a los autores<sup>315</sup>.

Actualmente nos encontramos el surgimiento de determinados grupos de construcciones de particulares que, sin mayores pretensiones, y tampoco sin mayor preparación ni conocimiento, ejecutan obras de una simple vivienda como zona de recreo familiar, en parcelas que se han segregado normalmente de fincas rústicas, pero que no tienen las dimensiones mínimas para poder construir en ellas conforme a la Ley del Suelo. Estas situaciones, sin duda reprochables, tenían una solución administrativa hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, donde en el art. 319 se introdujo un precepto nuevo hasta ahora en nuestra normativa sancionadora, pero que como ocurre en determinadas ocasiones no ofrece una redacción clara y determinante sobre quién debe ser

---

<sup>314</sup>Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, *“Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio el urbanismo”*, op., cit., pág. 209.

<sup>315</sup>Auto AP de Cáceres (Sección 2ª) núm. 128/2004, de 27 de junio, declara que *“el artículo 319 de Código Penal no castiga a cualquiera sino que limita la descripción de los autores a los promotores, constructores, o técnicos directores que lleven a cabo la construcción no autorizada. Esta descripción ha motivado una ardua polémica sobre si nos encontramos ante un delito de los denominados de propia mano, es decir, un delito que solo puede ser cometido por las personas que reúnan las condiciones definidas en el mismo, y si en el concepto de promotor cabe cualquier propietario de una parcela que autoconstruye por su cuenta, o solo los promotores propiamente dichos y entendidos como profesionales”*.

considerado sujeto activo de este ilícito cuando efectúa una enumeración que se ajusta concretamente a unos determinados profesionales del sector de la construcción, creando la duda, de si esa interpretación ha de ser extensiva a todo el que, a título particular, promoviera o construyera una edificación, o sólo y exclusivamente a aquellos que se dedican profesionalmente a la actividad económica de la construcción<sup>316</sup>.

Parece ser que para la mayoría de las Audiencias Provinciales es exigible una cierta profesionalidad que constate el conocimiento y la apreciación de la distinción entre un terreno rústico, con las limitaciones constructoras en cuanto a la dimensión del mismo que ello conlleva, suelo urbanizable, o suelo urbano, debiendo ser sujetos activos los que en su actuar doloso estén guiados por un afán de lucro, promocionan o construyen no tanto para sí mismos sino para obtener un beneficio económico; persiguiendo un ánimo de enriquecerse con esa promoción o construcción, aprovechándose del menor valor pecuniario del terreno al tener determinadas limitaciones constructivas para, violando esas limitaciones, obtener un mayor lucro. Así habrán de tener presentes todas y cada una de las circunstancias concurrentes para apreciar un dolo específico, que el legislador ha exigido del conocimiento de los elementos del tipo aunque lo sean de una forma eventual, pero excluyendo la comisión imprudente.

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales<sup>317</sup> se mantiene dividida sobre esta cuestión, aunque el número de resoluciones que se

---

<sup>316</sup>Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, Luís (Dir.), *“Código penal y leyes penales especiales y complementarias”*, La Ley, Madrid, 2011, pág. 1323.

<sup>317</sup> Para la AP de Zaragoza (Sección 1ª), Sentencia núm. 277/1999 de 15 de junio.

inclinan por la necesidad de exigir cierta profesionalidad<sup>318</sup> a los agentes de la edificación para poder ser sujetos del delito, es notablemente superior al de las que consideran que cualquiera que edifica puede ser condenado.

Como simple muestra de la doctrina de esta línea jurisprudencial mayoritaria, podemos traer aquí la fundamentación de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres en su Sentencia de 13 de noviembre 2002, pues esta Sala cuestiona si estamos ante un delito especial o un delito común, o lo que es lo mismo, si estamos ante un delito solo al alcance de personas profesionalmente dedicadas a la promoción, construcción o dirección, o ante delitos que también pueden ser cometidos por cualquier ciudadano, pues la indeterminación del texto legal propicia lecturas de distinto signo, sin posibilidad de hallar una actividad unificadora, dado que no existe acceso casacional.

Las opiniones encontradas pueden reducirse a dos, cuyos argumentos exponemos seguidamente: Existe una tesis<sup>319</sup> que sostiene que cualquier persona puede ser sujeto activo del delito, sobre la base de que el bien jurídico es quebrantable tanto por los profesionales como por los que no lo sean. Tal condición la tiene quien de hecho proviene o financia y quien de hecho ejecuta la edificación para lo que no es menester tener una especial

---

<sup>318</sup> Sentencias de las Audiencias Provinciales favorables a la tesis del delito de propia mano que solo pueden cometer promotores profesionales, podemos citar del año 2003 las sentencias de la AP Cádiz (Sec. 2ª) de 30 de junio de 2003 (rec. 30/2003, Pte: De la Hera Oca); AP Alicante (sec.7ª) de 12 de junio de 2003 (nº 321/2003, Pte Gil Muñoz); AP Cádiz (sec. 5ª) de 28 de mayo de 2003 (rec. 19/2003, Pte: Ercilla Labarta); AP Zaragoza (sec. 3ª) de 14 de mayo de 2003 (nº 144/2003, rec. 35/2003, Pte: Rodríguez de Vicente Tutor); AP Almería (sec. 1ª) de 4 de marzo de 2003 (nº 23/2003, rec. 41/2003. Pte: Poveda Peñas); AP Córdoba, (sec. 2ª), auto de 27 de febrero de 2003, nº 42/2003, rec. 39/2003. Pte: Berdugo y Gómez de la Torre); AP Cádiz (sec. 8ª ) Auto de 19 de febrero de 2003 (nº 17/2003, rec. 20/2003. Pte: Rodríguez Bermúdez de Castro); AP Cádiz (sec. 2ª ) SS de 22 de enero y 30 de enero de 2003.

<sup>319</sup>SAP de Alicante de 7 de marzo de 2000; SAP de A Coruña de 26 de abril de 2000, AP de Jaén de 11 de julio de 2001; AP de Baleares de 3 de noviembre de 2000.

cualificación o condición personal. Además, esta postura también asume que de acuerdo con el art. 9 de la Ley 33/99 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, la condición de promotor no se infiere del técnico en cuestión sino de cualquier persona que, de forma esporádica o no profesional, ejecuta una edificación o construcción sin que el tipo penal exija conocimientos especiales o técnicos distintos a la mera financiación.

La tesis restrictiva es sin duda alguna la más extendida y la mayoritariamente aceptada; tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. Y concretamente, el Pleno de la Audiencia Provincial de Córdoba se adhirió a esta tesis restrictiva con fecha 3 de octubre de 2001, cuando el Consejo General del Poder Judicial informó sobre el proyecto del Código Penal, adoptando este mismo criterio en base a que si no se acotaba el círculo de los sujetos activos en el ámbito de los empresarios y profesionales, la esfera de las conductas punibles resultaría desmesurada y sería autor del delito el particular que por sus propios medios construyese en suelo no urbanizable una chabola de segunda residencia, o el que instalase un chiringuito playero de cierta permanencia. Son muchos los argumentos que avalan esta postura, pues la pena de inhabilitación especial que prevé el art. 319 como principal y no accesorias, no puede aplicarse a quienes no sean profesionales, pues carecería de sentido su imposición a un particular.

Todo ello está acorde con el significado del bien jurídico protegido, que ya hemos estudiado, y que es referible a las obras de importancia que no las acometen los simples particulares, pues no puede ignorarse que el derecho penal ha de interpretarse de forma restrictiva y debe tipificar aquellas conductas que de forma más grave, atenten contra los bienes

jurídicos, pues de lo contrario se podrían criminalizar conductas nimias, cuyos efectos pueden ser corregidos por las Autoridades Administrativas, sin necesidad de acudir a la jurisdicción penal y conminarle con una pena.

Ante esta duda, que se desprende de la propia literalidad de la Leyes, resulta claro que, si se acepta la tesis contraria, se estaría haciendo una interpretación extensiva o *in malam partem* radicalmente prohibida en materia penal.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones sobre esta problemática, resolviendo que nos hallamos frente a un delito común en los casos en que el autor sea el promotor, mientras que será delito especial cuando el autor sea constructor, debiendo en este caso tener la capacitación profesional habilitante, y más si cabe, si se trata de técnico director por ser el único sujeto que debe estar en posesión de titulaciones académica y capacitación profesional habilitante<sup>320</sup>. En ambas resoluciones judiciales se dan como hechos probados que, los condenados solicitaron a su respectivos ayuntamientos licencia para la realización de una determinada construcción, (un galpón para usos agrícolas en el caso de la sentencia de 26 de junio de 2001, y una caseta para herramientas en el de la sentencia de 14 de mayo de 2003), y que una vez obtenida, construyeron en su lugar una vivienda en toda regla, en el primer caso además en lugar distinto del autorizado y dentro del espacio protegido.

En los dos supuestos fueron requeridos por la correspondiente Administración Local para que suspendieran las obras en varias ocasiones,

---

<sup>320</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios” op. cit., pág. 274.

haciéndose caso omiso a los requerimientos. Las construcciones llegaron a terminarse pese a la actuación administrativa.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de junio de 2001, planteó la cuestión de quienes podían ser considerados sujetos activos del delito. A este respecto debemos señalar que ya el artículo 264 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que aprobó el Texto Refundido de la Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, derogado posteriormente por la Disposición Derogatoria Única de la Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones de 13 de abril de 1998, determinaba como personas responsables de las obras que se ejecutasen sin licencia, o con inobservancia de sus cláusulas, acreedoras de la correspondiente sanción por infracciones urbanísticas, al promotor, empresario de las obras, y al técnico director de las mismas, sin definir el alcance de dichas actividades o profesiones. También existen otras normas extrapenales como son los artículos 1588 y siguientes del Código Civil, incluidos dentro de la regulación del arrendamiento de obras y servicios, obras por ajuste o precio alzado, que hacen alusión a los contratistas, arquitectos, dueño de la obra o propietarios, sin fijar tampoco las condiciones profesionales de los mismos.

La Ley de Ordenación de la Edificación, de 5 de noviembre de 1999, dedica su Capítulo III, a los *Agentes de la edificación*, y fija el contenido y habilitación de dichos profesionales, definiéndolos globalmente en su artículo 8 como todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación, distinguiendo a continuación las figuras del promotor, proyectista, constructor, director de la ejecución de la obra y propietarios. Pues bien, mientras que tanto *el proyectista* como *los directores* precisan estar en posesión de la correspondiente titulación



académica y profesional habilitante, será considerado *promotor* cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título, sin exigencia de titulación alguna, mientras que *el constructor*, que asume contractualmente ante el promotor el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato, deberá tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor. Ello significa que sólo los técnicos deben poseer la titulación que profesionalmente les habilite para el ejercicio de su función, mientras que el promotor, sea o no propietario, no precisa condición profesional alguna, y los constructores la mera capacitación profesional. Y esta situación, posterior a la entrada en vigor de la Ley referida, no es distinta a estos efectos a la existente con anterioridad a la misma, lo que significa que la cualidad profesional no puede predicarse de promotores y constructores, con independencia de la responsabilidad fiscal o administrativa de estos últimos por falta de capacitación.

En nuestra opinión, en principio, puede sorprender esa opción limitadora de que las personas que pueden cometer el delito contra la ordenación del territorio esté limitada a *promotores, constructores o técnicos directores*; pues en apariencia, cualquier persona podría llevar a cabo una construcción delictiva de las mencionadas en el tipo. Pero el legislador de 1995 ha decidido limitar la esfera de posibles autores a las tres clases de sujetos que se indican, de acuerdo con una *profesión* a la que alude el que es, sin duda, un elemento normativo del tipo. Sobre este

particular señala VILLACAMPA ESTIARTE<sup>321</sup>, que la reforma de 2010 ha decidido no incidir en la descripción del autor del delito, pese a que la caracterización del mismo haya generado disparidades tanto doctrinales como jurisprudenciales, en punto a determinar si nos hallamos frente a delito común o delito propio.

La doctrina<sup>322</sup> considera que el delito urbanístico es un delito especial propio, en el sentido de que los sujetos activos únicamente pueden ser los promotores, constructores, o técnicos directores. Sin embargo MUÑOZ CONDE<sup>323</sup> considera que a pesar de que la enunciación de estas categorías de sujetos parece encuadrar el precepto entre los delitos especiales, en la medida en que lo que se trata es de describir funciones en el círculo de sujetos activos, es posible incluir a cualquier particular que, de hecho, realice dichas actividades. En principio, con una interpretación literal del Código Penal, no hay obstáculo para que pudieran ser responsables los particulares que, con sus propios medios y sin que su actividad profesional habitual esté relacionada con la construcción, se dediquen a promover o construir. Sin embargo la existencia de la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio con que, además de la de prisión y multa, se castigan estos delitos, junto con la filosofía que preside el precepto de castigar las conductas objetivamente más graves, nos hace pensar que las conductas punibles afectan a sujetos cuya profesión está en

---

<sup>321</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “*La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*” op. cit., pág. 274.

<sup>322</sup> Vid. BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C., “*De los delitos sobre la ordenación del territorio*” Memento Práctico, Urbanismo, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pág. 540. Vid también, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, “*Protección penal de la ordenación del territorio y el medio ambiente*”, (Título XIII, L.II, PANCP 1983), Documentación jurídica, monográfico dedicado a PANCP, Vol. 2, 1983, 371/40, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983.

<sup>323</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, op. cit., pág.489.

relación directa con el delito cometido, es decir, profesionales de la construcción. Asimismo la alusión expresa a ciertos sujetos convierte el tipo en un delito especial propio, y supone una voluntad político-criminal de restricción del ámbito de los sujetos punibles a través del Código Penal, a quienes se dediquen profesionalmente a actividades de promoción, construcción, etc., apoyando su criterio tanto en la previsión expresa de la pena de inhabilitación especial, como en el hecho de que la sanción penal debe reservarse para las acciones más graves y dañosas para la Ordenación Territorial, que coinciden con aquellas actividades urbanísticas que, incluso en su promoción, requieren un importante potencial económico y cierta dedicación profesional.

Como antes hemos comentado, cabe señalar, como argumento favorable a la interpretación restrictiva, que cuando en el Anteproyecto de 1992 se eliminó la referencia expresa a una cualificación profesional de los sujetos activos, el Consejo General del Poder Judicial informó negativamente esta supresión señalando que, *“si no se acota el círculo de los sujetos activos en el ámbito de los empresarios y profesionales, la esfera de las conductas punibles resultaría desmesurada”*.

Sobre este tema ha tratado un artículo publicado en el diario *La Ley* denominado, *“La Protección Penal del Suelo No Urbanizable”*<sup>324</sup>, sosteniendo que parece claro que nos hallamos ante un delito especial propio, por cuanto no puede ser cometido por cualquier persona, sino sólo por aquellas que ostenten la especial cualidad profesional de promotores, constructores o técnicos directores, aunque ello, claro está, con

---

<sup>324</sup>Vid. BLANCO LOZANO, Carlos, *“La protección penal del suelo no urbanizable”*, Diario La Ley, N.º 5724, Año XXIII, 21 Feb. 2003, Ref. D-46, Editorial LA LEY.

independencia de que por vía de aplicación de las reglas legales de autoría y participación establecido en los artículos 27 y ss. Código Penal, se puede llegar a sancionar por la comisión de este delito urbanístico a un sujeto particular que no ostente tales cualificaciones profesionales, por ejemplo a un inductor, regulado en el artículo 28 Código Penal, párrafo 2. , letra b.

La doctrina<sup>325</sup> viene definiendo al promotor<sup>326</sup> de una manera diversa, pues para algunos autores se habla de la persona titular de la actuación en el aspecto jurídico y económico, la cual no tiene que coincidir necesariamente con la figura del propietario en cuyos terrenos se actúa, otros autores por su parte, entienden que el promotor es aquella persona física o jurídica, pública o privada, que organiza la edificación de todo tipo de viviendas, bien para su venta a terceras personas o para sus asociados; localizando solares, buscando capitales, poniendo en conexión a sus propietarios con constructores e inversores y facilitando compradores, entre otras actividades. Para otro sector de la doctrina es aquel comitente que promueve un proyecto de nueva planta, cuya ejecución encomienda a un tercero, sea constructor o contratista para, una vez finalizado, introducirlo en el mercado de venta o alquiler.

---

<sup>325</sup>Vid. MARTIN HERNÁNDEZ, Paulino., *“Las personas responsables de las infracciones urbanística. Empresa y Delito en el nuevo Código Penal”*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997. Promotor es la persona titular de la actuación en el aspecto jurídico y económico, la cual no tiene que coincidir necesariamente con la figura de propietario en cuyos terrenos se actúa. En este mismo sentido GARCIA CONESA, Antonio, *“Derecho de la Construcción”*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997, pág. 63.

<sup>326</sup> En el ámbito de la legislación administrativo-urbanística autonómica, también existen algunas pautas al respecto, aunque con notables diferencias definitorias entre las diversas Comunidades Autónomas españolas. Así, por ejemplo, el art. 41.3 de la LDU de la Comunidad de Madrid considera promotor, al propietario del suelo sobre el que se efectuó la infracción, mientras que el art. 268.2 RPLU de Cataluña no menciona expresamente esta figura, pero sí habla del “propietario del suelo, su agente, gestor o impulsor.

El propio juzgador, oscilando entre los parámetros definitorios del término promotor, deberá, por tanto, moverse, a la hora de valorar, -aunque a su libre criterio, a falta de una remisión normativa expresa al respecto en el tipo del art. 319 CP- la presencia o no de esta cualidad profesional en el citado delito especial propio. La presencia, sin embargo, de la figura del promotor no profesional, contemplada en diversos textos legales administrativos, ha conducido que determinadas resoluciones judiciales vengan a considerar que el delito tipificado en el art. 319 sea un delito común, de modo que sujeto activo del delito citado, puede ser cualquiera que dedique su esfuerzo a la edificación de una o varias viviendas, para sí o para su venta o alquiler.<sup>327</sup>

Sin embargo, parece claro también que, en el nacimiento de una urbanización ilegal en terreno no urbanizable, sí es posible encontrar profesionales responsables criminales del indudable atentado contra la ordenación del territorio que constituye la aparición de esta urbanización, y de tantas otras que vemos surgir recientemente. Contra éstos profesionales sí debe seguirse la instrucción penal.

Así, es posible que encontremos a promotores inmobiliarios que, buscando un importante beneficio económico, y con desprecio e infracción de las normas urbanísticas y agrarias, dividen un terreno rústico no urbanizable en parcelas que, por su tamaño, son inútiles para cualquier finalidad agropecuaria, y útiles tan solo como parcelas de recreo con el objeto de disfrutarla los fines de semana o los meses estivales, que normalmente y dada la indivisibilidad legal del terreno, se realice mediante documentos privados. También es posible que encontremos profesionales

---

<sup>327</sup> SAP de Cádiz de 11 de septiembre de 1998.

de la arquitectura o la ingeniería que realicen para los adquirentes de las parcelas, proyectos técnicos de edificación, quizás elementales y sin cumplir requisitos formales o corporativos, dada la no edificabilidad del terreno al que se refieren, pero que sirven al propietario para realizar una construcción habitable y segura. Igualmente es probable encontrar profesionales de la construcción que, despreciando la naturaleza jurídica del terreno para el que se les contrata, realizan la edificación. Todos ellos, con su participación profesional, son responsables del atentado contra la ordenación del territorio y a ellos quiso sancionar severamente el legislador penal. También es indudable responsable, el comprador de la parcela que encarga la construcción o la realiza por sus propias manos, pero la sanción de éste queda limitada por el legislador a la administrativa, junto con la inevitable consecuencia de restaurar el orden urbanístico perturbado o quebrantado, demoliendo su construcción.

En relación con estos sujetos activos de los delitos urbanísticos, es interesante destacar la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 11 de Valencia<sup>328</sup>, que absuelve al acusado del delito contra la ordenación del territorio al considerar que, a tenor del fundamento primero de la sentencia, los hechos probados no eran constitutivos del delito, dado que el tipo delictivo, sólo puede tener como sujetos activos a los promotores, constructores y técnicos directores, y a la hora de interpretar dichos conceptos se ha de partir, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 3 del Código Civil para la interpretación de las normas, del sentido propio de las palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicables.

---

<sup>328</sup> Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 11 de Valencia, de 21 de octubre de 1997.

Pues considera el juzgador que este delito sólo puede ser cometido por profesionales, dado que el concepto técnicos-directores se refiere exclusivamente a profesionales y no a particulares y, en su consecuencia, situándolo en pie de igualdad con los dos conceptos citados anteriormente (técnico-director), llegando a la conclusión de que el concepto de promotor y de constructor son los agentes que profesionalmente se dedican a las actividades de promoción y construcción para su venta a tercero con ánimo de lucro.

Esta cuestión, aparece ser mayor zanjada, en sentido positivo, por la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, constituida por las Sentencias de 26 de junio de 2001 y de 14 de mayo de 2003, según las cuales, respecto de los promotores, y a diferencia de los constructores y directores técnicos, no precisa la integración del tipo penal de cualificación o condición profesional alguna<sup>329</sup>.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 690/2003 de 14 mayo, confirmó la de la Audiencia Provincial de León, condenando al acusado como autor de un delito contra la ordenación del territorio, a pesar de que el mismo interpuso recurso de casación alegando indebida aplicación del artículo 391.2 del Código Penal.

Aunque el art. 319,2 del Código penal sanciona, entre otros, a los promotores que lleven a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable, hay que tratar de determinar si el acusado, por haber desarrollado la actividad que consta, merece ser calificado de promotor y comprobar si las características de la edificación y del terreno responden a las demás previsiones típicas.

---

<sup>329</sup>Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “*Derecho Penal Español*”, op. cit., pág. 1089.

Es la Ley de Ordenación de la Edificación, de 5 de noviembre de 1999, la que aborda de modo expreso la identificación y concreción de las responsabilidades de todos los que intervienen en las actividades de construcción. Y es allí donde se dice que *“promotor lo puede ser cualquiera (...) incluso ocasionalmente”*.

Pero ocurre que al pronunciarse así la ley no constituye esa figura, sino que se limita a tomarla de una realidad preexistente en la que ya cualquiera podía promover, es decir, tomar la decisión de llevar adelante, financiando una obra. Porque el vocablo *promotor* no es técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente y sirve, en el uso habitual, para denotar toda iniciativa de ese género, y no sólo en el ámbito inmobiliario.

El Tribunal Supremo en su Sentencia 1250/2001, de 26 de junio, declaró que *“será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada que, individual o colectivamente, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación para sí o para su posterior enajenación”*.

### **a) Promotor**

Cuando la normativa penal hace alusión a los promotores<sup>330</sup> se está refiriendo a cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que

---

<sup>330</sup> Para la AP de Sevilla (Sección 4ª), Sentencia núm. 234/2007 de 25 de mayo: Como en esta resolución se señala, pese a alguna vacilación inicial de las Audiencias, una jurisprudencia ya consolidada del Tribunal Supremo ( sentencias 1250/2001, de 26 de junio , FJ. 3, y , FJ. 2) ha establecido que el término *“promotor”* a efectos del tipo penal no puede ser entendido sino conforme a la definición que de dicho agente de la edificación proporciona hoy el artículo 9.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.



individual o colectivamente, tiene la decisión de programar y financiar con sus recursos propios o ajenos, la ejecución de las obras de edificación, bien para él mismo o para su enajenación a tercero, o también si su intención es entregar o ceder a terceros.

Es requisito, para poder imputar al promotor como sujeto activo del delito urbanístico, no solamente que tenga iniciativa para impulsar el proyecto, sino además, que sea titular del suelo o solar donde se está edificando que le faculte para poder construir, que sea él quien solicite y obtenga la licencia municipal de obras y otras autorizaciones administrativas, así como que suscriba el acta de recepción de la obras y proceda a entregar en su caso al comprador de la edificación toda la documentación de la ejecución de la obra.

También serán promotores de las obras los agentes que intervienen en la construcción realizando las actividades propias de promoción de las obras de edificación, encargando el proyecto al arquitecto y la contratación de la edificación con determinada empresa; así como la persona propietaria de los terrenos que se convierta en su propio constructor, o contratista que concierta contrato separado con los gremios que han de intervenir en la construcción.

La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>331</sup> considera *promotor* a la persona física o jurídica que promueve u organiza la construcción del inmueble y termina por su comercialización. Para QUERALT JIMÉNEZ<sup>332</sup>, salvo para lo que respecta a los técnicos directores, promotor y constructor puede ser cualquiera, sin ningún tipo de cualificación y

---

<sup>331</sup> SSTs de 20 de junio de 1985, 29 de junio de 1987, 19 de diciembre de 1989 y 31 de marzo de 1992.

<sup>332</sup> QUERALT JIMENEZ, Joan J., “*Derecho Penal Español. Parte Especial*”. op.cit. pág. 1089.

constructor es quien materializa el diseño del promotor (que puede ser una misma persona y coincidir o no con el propietario del terreno).

La doctrina<sup>333</sup> define al promotor como:

- a) Persona titular de la actuación en el aspecto jurídico y económico, la cual no tiene que coincidir necesariamente con la figura del propietario en cuyos terrenos se actúa<sup>334</sup>.
- b) Persona física o jurídica, pública o privada, que organiza la edificación de todo tipo de viviendas, así como locales de negocios, bien para su comercialización a terceros o para sus asociados, localizando solares, buscando capitales, poniendo en conexión a sus propietarios con constructores o inversores y facilitando compradores.
- c) Aquel comitente que promueve un proyecto de nueva planta, cuya ejecución encarga a un constructor o contratista para que una vez finalizada la ejecución de la obras se venda o proceda a su alquiler<sup>335</sup>.

En referencia a los promotores<sup>336</sup> que no se dedican habitualmente como profesionales de la construcción, ha surgido controversia, dado que no está del todo claro si los promotores no profesionales se incardinan

---

<sup>333</sup> Vid. BLANCO LOZANO, Carlos, “*El Delito Urbanístico*”, op. cit. pág.99.

<sup>334</sup> Vid. MARTIN HERNANDEZ, Paulino, “*Las Personas responsables de las infracciones urbanísticas*”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, año 17, núm. 81, 1993, págs. 97-116.

<sup>335</sup> Vid. GARCIA CONESA, Antonio “*Derecho de la construcción*”, Editorial Bosch, Barcelona, año 1996, pág. 63.

<sup>336</sup> Vid. QUERALT JIMENEZ, Joan J., “*Derecho Penal Español. Parte Especial*”, op. cit. pág. 1089, considera que en principio, se está ante un delito especial en la medida en que sólo lo pueden cometer los promotores, los constructores y los técnicos directores de la construcción, limitación que ya fue advertida por el CGPJ en su preceptivo informe.

dentro del tipo punible del artículo 319 de Código Penal<sup>337</sup>. En nuestra opinión entendemos que cualquier persona, sea profesional de la construcción o no, que construya o edifique en suelo no urbanizable, estará incardinado en el tipo delictivo previsto en el artículo 319 de nuestro Código Penal.

### **b) Constructor**

Se puede definir al constructor<sup>338</sup>, a los efectos de su inclusión en el tipo delictivo del artículo 319 del Código Penal, como el agente que asume, contractualmente ante el promotor de una obra de edificación o construcción, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o porción de las mismas con sujeción al proyecto de obra y al contrato, o en otras palabras, la persona que realiza la construcción material de la obras, aunque también será la responsable de la ejecución del proyecto y quien realiza las labores propias asociadas a la construcción<sup>339</sup>, no incluyéndose entre los sujetos activos los albañiles<sup>340</sup> que se limitan a obedecer órdenes ajenas a cambio de un jornal<sup>341</sup>.

---

<sup>337</sup>SAP de Cádiz de 11 de septiembre de 1998 considera que el sujeto activo del delito contra la ordenación del territorio, es cualquier persona que se dedique con su esfuerzo a la edificación para sí mismo o para su comercialización.

<sup>338</sup> Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, *“Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal”*, op. cit., pág.171. Respecto de figura del constructor, desde una perspectiva histórica se correspondería con la del antiguo maestro de obras, regulada ya en el en el Real Decreto de 22 de julio de 1865. Maestro mayor de obras es la denominación histórica de un oficio de la construcción, que paulatinamente fue diferenciándose del de arquitecto, del que era indistinguible hasta la Eda Moderna; mientras que se mantiene indistinguible de la denominación “alarife” (que a su vez se confunde con las de arquitecto y albañil). A partir de la Edad Contemporánea es de uso más habitual la denominación de aparejador, oficio que se identifica con las funciones técnicas del maestro de obra. Posteriormente, fueron surgiendo distintas denominaciones establecidas como grados académicos: el arquitecto técnico y el de ingeniero de edificación.

<sup>339</sup>Vid. ACALE SANCHEZ, María, *“Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”*, op.cit. , pág. 202.

Entre las obligaciones contractuales que asume este agente activo están:

- a) Ejecutar la obra con sujeción al proyecto, a la legislación vigente aplicable y a las instrucciones del propio director de obra y del director de la ejecución de la obra, con el objetivo de la exigencia del proyecto.
- b) Estar en posesión de la titulación o capacidad profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones para poder ejercer o actuar como constructor.
- c) Designar al jefe de obra que asumirá la representación técnica del constructor en la obra y que, por su titulación o experiencia, deberá tener la capacitación adecuada de acuerdo con las características de la edificación.
- d) Habilitar la obra de los medios tanto humanos como materiales, en atención a las características y complejidad de la misma.
- e) Realizar las subcontrataciones de algunas partes o instalaciones de la obra con los límites de las estipulaciones del contrato.
- f) Firmar el acta de replanteo o de comienzo y el acta de recepción de la obra.

---

<sup>340</sup> La Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª), en su Sentencia de 9 febrero de 2000, ha declarado que es criterio de la Sala que la falta de precisión del precepto al respecto, cuando simplemente habla de promotores, constructores o técnicos directores, sólo puede ser obviada mediante la aplicación de los principios básicos de intervención mínima del Derecho penal y de interpretación «pro reo» que en materia de normas penales se impone, y que esto, junto a la consideración de la pena principal, no accesoria, de inhabilitación especial para profesión u oficio con que el citado delito se castiga, conduce a estimar que son únicamente quienes habitual y profesionalmente se dedican a dichas actividades los sujetos a los que el precepto se refiere, de tal forma que, cuando se trata de un peón eventual de albañil por cuenta ajena como en el presente caso acontece, quien por sí mismo realiza para su propio uso una obra como la descrita, la escasa gravedad del daño que con ello se ocasiona a la ordenación del territorio, que constituye el bien jurídicamente protegido por la norma, hace que la acción quede al margen del precepto penal que se comenta y relegada a una simple infracción administrativa, sancionable incluso con la demolición de lo construido, en el oportuno procedimiento de tal naturaleza.

<sup>341</sup> SAP de Cádiz 214/2009, de 27 de mayo.

- g) Facilitar al director de obra los datos necesarios para la elaboración de la documentación de la edificación ejecutada.

El Tribunal Supremo identifica al constructor no sólo con el contratista<sup>342</sup>; sino también con el empresario de la obra<sup>343</sup>, el ejecutor de la misma<sup>344</sup> y el urbanizador<sup>345</sup>.

La doctrina<sup>346</sup> define al constructor de la siguiente forma:

- a) Persona física o jurídica que conviene con el promotor la ejecución de una obra inmobiliaria, responsabilizándose de hacerla realidad.
- b) Persona que se responsabiliza de la realización de la construcción.
- c) La esencia de este agente profesional radica en la responsabilidad que asume una vez finalizada la obra, entregarla y soportar el riesgo de su ejecución.
- d) Técnico de la edificación cuya actividad profesional no se presta de modo directo y personal, como ocurre con los otros técnicos o profesionales que intervienen en la edificación, sino que, por el contrario, por la propia naturaleza de la función que está llamado a desarrollar, dicha figura, en la actualidad, presupone la existencia de una organización empresarial a la que es inherente una plantilla, más o menos numerosa y cualificada, de operarios y auxiliares, que son quienes, en realidad, afrontan los trabajos de ejecución material de

---

<sup>342</sup> STS de 14 de junio de 1995.

<sup>343</sup> STS de 30 de noviembre de 1992.

<sup>344</sup> STS de 7 de marzo de 1995.

<sup>345</sup> STS de 3 de mayo de 1995.

<sup>346</sup> Vid. BLANCO LOZANO, Carlos, " *El Delito Urbanístico*", op. cit. pág. 90.

la obras, confiada a su principal y de cuya actuación es, por tanto, directamente responsable el empresario-constructor.

- e) Aquel que materialmente hace posible la construcción, aportando al efecto su trabajo (mano de obra) y también, en ocasiones, los materiales necesarios para llevar a cabo la obra.

**c) Director de obra.**

El director de obra es aquel profesional que forma parte de la dirección facultativa, tiene la misión de dirigir el desarrollo de la obras en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto de obra, la licencia de edificación y otras autorizaciones preceptivas. Es la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de atribuciones profesionales de arquitectos técnicos e ingenieros técnicos, la que contiene las facultades de estos profesionales, así como las funciones de los mismos y las competencias que le tienen atribuidas como sujetos o agentes de la construcción<sup>347</sup>.

El Tribunal Supremo a la hora de especificar a los profesionales técnicos de la construcción, incluye tanto a los arquitectos como a los ingenieros superiores, personas responsables de toda exigencia relacionada con la edificación, que responden de la elaboración de los proyectos o memorias de las órdenes encaminadas a la ejecución de las obras, de la omisión de vigilancia de la actividad de los demás profesionales que están implicados en la misma actividad, velando por la adecuación del edificio al

---

<sup>347</sup> Vid. FERNÁNDEZ PASTRANA, José María, “La capacidad de proyección de los aparejadores y arquitectos técnicos”, *Actualidad Administrativa*, núm. 33-34, Madrid, septiembre, 1990, pág. 367.

proyecto presentado, coordinando las funciones de todos los intervinientes<sup>348</sup>.

En nuestra opinión, también se debe de incluir dentro de estos profesionales a los arquitectos e ingenieros técnicos, pues solo con acudir a lo preceptuado en el artículo 10.2 de la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación, que en referencia a las obligaciones del proyectista, establece que deben de estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, según corresponda, y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. Además este precepto distingue las clases de proyectos que pueden ser realizados por estos profesionales, siendo necesario estar en posesión de la titulación de arquitecto para realizar proyecto que tenga por objeto la construcción de edificios administrativos, sanitarios, docentes y culturales. Correspondiendo a los profesionales que estén en posesión del título académico de ingeniero, ingeniero técnico o arquitecto la realización de proyecto que tenga por objeto la construcción de edificios aeronáuticos, agropecuarios, de la energía, de la hidráulica, mineros, de telecomunicaciones, del transporte terrestre, marítimo, fluvial, aéreo, forestal, industrial, naval, de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.

Sin embargo, será necesaria la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico tanto para la firma de proyecto como para el resto de las edificaciones que no hayamos relacionado anteriormente. Pudiéndose colegir que los arquitectos e ingenieros técnicos dentro de las funciones acorde con sus

---

<sup>348</sup> SSTs de 1 de octubre y 7 de noviembre de 1991.

competencias cuando asuman la dirección, tendrán las mismas responsabilidades penales que los titulados superiores.

Para QUERALT JIMÉNEZ<sup>349</sup>, en el apartado de técnico directores han de incluirse tanto a los arquitectos e ingenieros superiores, como los de grado medio, teniendo ambos las capacidades legales para asumir la dirección técnica, en exclusiva o no, de las obras. La dirección técnica comprende no sólo la dirección y supervisión de la obra completa sino también su planificación anterior, con los proyectos y estudios necesarios, entre los que tiene que encontrarse el de adecuación a la normativa vigente.

## VIII. SUJETO PASIVO DEL DELITO SOBRE LA ORDENACION DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO

Se puede definir al sujeto pasivo del delito urbanístico como el titular del bien jurídico protegido, que puede ser una persona física o una persona jurídica, o incluso la propia colectividad<sup>350</sup> o el propio Estado, pudiendo la conducta típica atentar directamente sobre dichas víctimas, o bien ejecutarse sobre tercera persona ajena al bien jurídico protegido, pero que en ese momento se halla en disposición del objeto material del delito.

Para GARCÍAS PLANAS<sup>351</sup>, el sujeto pasivo se deduce del bien jurídico protegido, que en este caso es la ordenación del territorio, o más bien su normativa reguladora, en la medida en que dicha normativa tiende a proteger y mejorar la calidad de vida de los habitantes del territorio (art. 45

---

<sup>349</sup> QUERALT JIMENEZ, Joan J., “*Derecho Penal Español. Parte Especial*”, op.cit. pág.1090.

<sup>350</sup> Vid. BLANCO LOZANO, Carlos, “*El Delito Urbanístico*”, op. cit, pág. 104.

<sup>351</sup> Vid. GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “*El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio)*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, página 62 y 63.



C.E). Este bien jurídico, como interés difuso, es aquel de gran relevancia social y en cuya tutela están interesadas por igual todas las capas de la población. Es lógico deducir que el depositario de este interés, sea la colectividad<sup>352</sup>, entendida como el conjunto de habitantes del territorio donde se ha cometido el delito, dado que este delito ha atacado en último término la calidad de vida de los habitantes.

Para algún sector de la doctrina<sup>353</sup> no existe propiamente un sujeto pasivo concreto en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Sujeto pasivo puede ser la colectividad o comunidad de ciudadanos que sufren los despropósitos urbanísticos de aquellos que no respetan una correcta ordenación del territorio; también lo será la propia administración urbanística que observa los incumplimientos de la normativa protectora del urbanismo. Para algunos autores, el sujeto pasivo en estos tipos delictivos será la sociedad en general, y en particular la comunidad asentada sobre el ámbito territorial donde se cometen las conductas delictivas y a la que pertenecen los particulares, la que legítimamente ostente la titularidad del bien jurídico-penal ordenación del territorio<sup>354</sup>.

El ataque al bien jurídico protegido se ha de producir en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan, legal o administrativamente, reconocido su valor paisajístico,

---

<sup>352</sup>Vid. SOUTO GARCÍA, Eva María, “Los delitos urbanísticos en España: la protección dispensada por el artículo 319 del Código Penal español a la ordenación del territorio”, *Revista derecho penal y criminología*, volumen XXXII, número 92, enero-junio de 2011, pág. 100, declara que así configurado el bien jurídico protegido, ha de identificarse al sujeto pasivo del delito como la comunidad.

<sup>353</sup> DÍAZ MANZANERA, José Luís, “El delito urbanístico en la jurisprudencia”, *La Ley penal*, núm. 1, Sección informes de jurisprudencia, octubre 2006, Editorial LA LEY.

<sup>354</sup>Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “Protección penal de la ordenación del territorio”, *op. cit.* pág. 586.

ecológico, artístico, histórico o cultural o, por los mismos motivos, hayan sido considerados de especial protección (319.1), o en suelo no urbanizable.

La función de este suelo es de interés público general, para disfrute de toda la población y, por tanto, hay que pensar que el sujeto pasivo es igualmente todas las personas que viven en esa población, porque se tutela en última instancia el derecho de todo ciudadano a la conservación y disfrute de la riqueza natural y el patrimonio cultural, en consecuencia el sujeto pasivo comprende a todos los ciudadanos, la colectividad, entendida como los habitantes de un hábitat físico determinado<sup>355</sup>.

Otro dato de la existencia de que el sujeto pasivo es la propia colectividad o comunidad, lo tenemos en la posibilidad del ejercicio de la acción popular en los delitos del art. 319 C.P., al ser en estas figuras delictivas el bien jurídico protegido el cumplimiento de las normas administrativas sobre la utilización racional del suelo, en la medida que su cumplimiento garantiza y mejora la calidad de vida del ciudadano, se legitima el ejercicio de la acción popular al concurrir un interés colectivo difuso en los individuos, asociaciones y corporaciones, especialmente en aquellos casos donde el ciudadano está defendiendo su propio círculo vital que resulta afectado, como puede suceder en materia de urbanismo, salud y medio ambiente.

---

<sup>355</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, "*Derecho Penal*", op. cit., pág569 y ss.

## IX. EL TIPO SUBJETIVO

### 1. El dolo en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo

El dolo, como requisito subjetivo exigido para todos los delitos dolosos consiste en el conocimiento por parte del sujeto activo de que en su actuación concurren todos los elementos objetivos del tipo delictivo<sup>356</sup>. En los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo se contempla la comisión dolosa<sup>357</sup>, mediando dolo directo o dolo eventual, quedando impune la comisión imprudente<sup>358</sup> de conformidad con lo establecido en el art. 12 del CP, al disponer que “*las acciones u omisiones imprudentes solo se castigaran cuando expresamente lo disponga la Ley*”. El dolo criminal consiste en el conocimiento de la significación antijurídica del hecho punible y, a la vez, la voluntad para realizarlo<sup>359</sup>. Una conducta es dolosa en la medida que contiene los dos elementos intelectual y volitivo que la vertebran, bien que el volitivo, no lo sea de modo directo, sino que pudo ser

<sup>356</sup> Código Penal comentado, Editorial Colex, Madrid, 2010, pág. 1004.

<sup>357</sup> Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág.180. El delito únicamente podrá sancionarse cuando la conducta cometida por el sujeto activo sea dolosa, ya que en relación a este delito no se contempla la conducta imprudente, sin embargo el legislador de 1995 sí contempla la conducta imprudente en los ámbitos de los delitos del patrimonio histórico (artículo 324 del Código Penal) y contra los recursos naturales y el medio ambiente (artículo 31 del Código Penal).

<sup>358</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit. pág. 240: Si no había impedimento dogmático alguno sobre la posible comisión imprudente del tipo de injusto del art. 319, la opción no penalizadora obedece al carácter de *última ratio* del Derecho penal y a la decisión político criminal de reservar este ámbito para las agresiones más graves, dejando las imprudentes para que sean sancionadas administrativamente.

<sup>359</sup> STS 13 de febrero de 1982.

eventual interpretado según las teorías de la probabilidad del asentimiento o del consentimiento.<sup>360</sup>

En referencia a los delitos del art. 319, el dolo se extiende al conocimiento de que la edificación fuera no autorizable<sup>361</sup>, y la ejecución de las obras se hayan realizado sin contar con autorización, ni licencia administrativa con la imposibilidad de subsanar la situación por no estar permitida por la legislación urbanística, y además haber sido las obras de urbanización, construcción o edificación acometidas en suelo no urbanizable<sup>362</sup>. Sobre este término señala PAREDES CASTAÑÓN<sup>363</sup>, en referencia a las conductas delictivas del art. 319 del CP, que el sujeto deberá tener conocimiento de la naturaleza del suelo sobre el que lleva a cabo la actividad de construcción y al tratarse de un elemento normativo, esto implica conocer, aunque sea en un sentido no técnico, el significado de la regulación normativa del régimen del suelo. Sin embargo para GÓRRIZ ROYO<sup>364</sup>, no es necesario que el sujeto activo conozca todas las específicas licencias que, además de la obra, pueden ser exigible, sino que solamente basta saber de la existencia de regulación jurídica de los lugares previstos en el precepto penal y tener conocimiento que, para construir o edificar sobre ellos, se requiere al menos la licencia de obras. Sobre ese extremo señala MUÑOZ CONDE<sup>365</sup>, que es necesario que el autor obre

---

<sup>360</sup> SSTs 20 de febrero, 19 de mayo, 20 de septiembre de 1993 y 4 de mayo de 1994.

<sup>361</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, op. cit., pág. 573.

<sup>362</sup> STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 335/2009 de 6 abril, FJº 5º.

<sup>363</sup> PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “*Delitos sobre la ordenación del territorio*”, ref. Revista /Libro: Luzón Peña, D.M. (dtor.), Enciclopedia Penal Básica, 2002, págs. 535-545.

<sup>364</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op. cit. 1114.

<sup>365</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, op.cit, pág. 573.

dolosamente, esto es, que tenga conocimiento tanto de que el suelo en el que construyen es no urbanizable, como de que la construcción no es susceptible de autorización.

Para SÁNCHEZ ROBERT<sup>366</sup>, al hacer alusión al dolo en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, considera que el mismo debe de referirse al valor del suelo o del lugar sobre el que se construye, y que resulta menoscabado y destruido, y no a que dicho valor tenga un reconocimiento legal o administrativo de forma específica. El dolo además debe comprender, la existencia de un régimen de protección concreto y especial procedente de una ley y con la finalidad de preservarlo.

De lo anteriormente expuesto, se puede colegir que los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo son delitos dolosos, suponiendo para su comisión que su autor tenga conocimiento y voluntad<sup>367</sup> de querer realizar los elementos que definen el tipo objetivo, como puede ser llevar a cabo obras de urbanización, construcción y edificación no autorizables en suelo clasificado como no urbanizable y, además, debe de conocer su autor la carencia de licencia y de no ser susceptible de ser autorizada.

Respecto al conocimiento de la realización de la ilicitud de los sujetos activos, debe de ser un conocimiento actual de que la conducta delictiva está prohibida, no significando que ese conocimiento sea técnicamente exacto de todos los elementos configuradores del tipo objetivo, pudiendo ser un conocimiento aproximado.

---

<sup>366</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág.183.

<sup>367</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás, “*Derecho Penal. Parte General*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 557.

En el dolo directo, el sujeto activo debe tener voluntad<sup>368</sup> de querer llevar a cabo la urbanización, construcción y edificación no autorizable, no persiguiendo como objetivo de su actuación realizar el tipo penal, sino más bien aceptar las consecuencias típicas inherentes a las conductas prohibidas<sup>369</sup>. Algún sector de la doctrina científica, entre los que destaca ACALE SÁNCHEZ, se aventura en afirmar que en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo está presente el dolo directo<sup>370</sup> de segundo grado, al considerar que la conducta dolosa de los sujetos activos está guiada por un afán ganancial<sup>371</sup> con un ánimo de lucro<sup>372</sup>. Sostiene además esta autora, que la conducta típica del art. 319 será cometida mayoritariamente con dolo de segundo grado, no siendo frecuente que se quiera directamente construir de forma no autorizada para afectar negativamente al bien jurídico protegido. El sujeto activo se moverá motivado por otro tipo de intenciones, como puede ser construir porque es la forma que ha ideado para conseguir un lucro mayor en sus actividades especuladoras, o porque para disfrutar de una vivienda de las dimensiones deseadas, no puede acceder al mercado legal del suelo pues el coste del suelo apto para urbanizar es mucho más elevado que el del suelo no urbanizable, a pesar de que para la consecución de su fin, tenga que

---

<sup>368</sup>Vid. GIL GIL, Alicia, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, pág. 222. Para esta autora el dolo es conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, y estará formado por dos elementos, uno intelectual, la conciencia o conocimiento de los elementos objetivos del tipo y otro volitivo, la voluntad de realizar esos elementos.

<sup>369</sup> Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, *Delitos urbanísticos*, op. cit. pág. 190.

<sup>370</sup>Vid. AMADEO GADEA, Sergio, *Código penal. Parte general*. Factum Libri Ediciones S.L., Madrid, 2007, pág. 57. El dolo directo se da cuando existe pleno conocimiento de la ilicitud de una conducta y este conocimiento y el de las consecuencias de ella se asocian con una voluntad directa del sujeto a realizarlo.

<sup>371</sup> AAP de Cáceres (Sección 2ª), Auto núm. 30/2001 de 7 mayo.

<sup>372</sup>Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, *Delitos Urbanísticos*, op. cit. pág. 299.

construir de forma no autorizada en los suelos y lugares protegidos por el art. 319.

En el dolo eventual el autor no persigue con su conducta la realización del tipo penal, pero es consciente de la alta probabilidad de su ejecución, y aún así actúa. Por ello el dolo eventual se podrá deducir cuando el autor del hecho punible, haya previsto dicha realización como consecuencia muy probable de su comportamiento<sup>373</sup>. El dolo eventual<sup>374</sup> aparece en los delitos del art. 319 cuando el sujeto activo ejecuta la urbanización, construcción, o edificación, con la probabilidad de que con su comportamiento prohibido se dañara el bien jurídico protegido, no descartando la posibilidad de que con su actuación se alterarán las cualidades del suelo donde se han ejecutados las obras.

Señala SÁNCHEZ ROBERT<sup>375</sup>, que en relación al artículo 319.2 del CP, solamente son punibles las conductas que se hayan producido con dolo directo o eventual. El tipo se integra mediante el conocimiento de sus elementos, es decir, que para integrarse necesita el elemento cognoscitivo y los elementos normativos que se encuentren en la Ley del Suelo.

---

<sup>373</sup> Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit. pág. 193.

<sup>374</sup> Vid. AMADEO GADEA, Sergio, “*Código Penal. Parte General*”, op. cit., pág. 57. En el dolo eventual el agente de la conducta se representa la producción de un resultado dañoso como algo de posible ocurrencia y, ello no obstante, aun no queriendo directamente causarlo, lo acepta como posible y no renuncia, sino que persiste, en la ejecución de los actos nocivos que sabe puedan producirse y aceptando que se produzcan.

<sup>375</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág. 180.

## 2. Las causas de justificación y el estado de necesidad

Las causas de justificación se pueden definir como las condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica, siendo la acción, a pesar de su apariencia, conforme a derecho. La causa de justificación es una situación especial donde el Ordenamiento Jurídico permite la lesión, es decir, permite la realización de una conducta típica que en principio es lesiva y que está prohibida. Aunque la teoría de la justificación afecta a cualquier sector del ordenamiento jurídico, es en el Derecho penal donde adquiere mayor importancia, debido a la especial gravedad del hecho típico que viene a legitimarse. En este sentido, señala GUÉREZ TRICARICO<sup>376</sup>, que desde la perspectiva de la teoría de la norma, las causas de justificación se han vinculado con frecuencia a las denominadas normas permisivas, que autorizan un hecho prohibido.

La incriminación de una conducta y la pena inherente sólo cabe si se ha producido ofensa o se ha puesto en peligro el bien jurídico protegido. En ese sentido se manifiesta nuestro Alto Tribunal (Sala 2º) en su Sentencia núm. 363/2006 de 28 de marzo, cuando declara que *“es cierto que es un delito contra un bien jurídico protegido comunitario, en referencia a la utilización racional del suelo y la adecuación de su uso al interés general, aun cuando generalmente coincidirá la infracción de la legalidad urbanística con la lesión del bien jurídico - dado que en un Estado de Derecho las normas deben reflejar el interés general, concretándolo en una determinada materia- en la interpretación del tipo no debe olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuricidad material,*

---

<sup>376</sup> GUÉREZ TRICARICO, Pablo, *“Memento Práctico Penal 2011”*, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pág. 167.



*aplicando en su caso los criterios de insignificancia o de intervención mínima cuando no se aprecie afectación de bien jurídico tutelado, así como el principio de proporcionalidad, por cuanto un tipo penal no puede ser un mero reforzamiento de la autoridad administrativa, sin contenido material de la antijuricidad”.*

Una de las instituciones del Derecho penal que excluye la antijuricidad lo tenemos en el estado de necesidad regulado en el artículo 20.5 de nuestro CP, al disponer que *“El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1º Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, 2º Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto, y 3º Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.*

El estado de necesidad supone la vulneración del interés jurídicamente protegido ante una situación de peligro actual de los intereses propios cuando no existe otro remedio tutelado por el Derecho. Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>377</sup> se exige como mínimo presupuesto de su apreciación la presencia de un conflicto de bienes o colisión de deberes que la doctrina define como una situación de peligro objetivo para un bien jurídico propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave que deviene inevitable si no se lesionan bienes jurídicos de terceros o si no se infringe un deber. En este sentido señala LUZÓN PEÑA<sup>378</sup>, que en el estado de necesidad existe una situación de

---

<sup>377</sup> STS 12 de mayo de 2003.

<sup>378</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *“Lecciones de Derecho Penal. Parte General”*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 419.

peligro<sup>379</sup> para bienes jurídicos, que plantea la necesidad de salvarlos o protegerlos y ello sólo se puede realizar a costa de lesionar o afectar a otros intereses jurídicamente protegidos. Para otros autores el estado de necesidad es, ante todo, una causa de justificación que se encuentra informada primariamente por el principio de ponderación de bienes, es decir, por el principio de que es lícito sacrificar un bien jurídico cuando con dicho sacrificio se quiere salvar otro mayor<sup>380</sup>.

Para la jurisprudencia del TS, existe un verdadero estado de necesidad, en un acuciante conflicto entre dos bienes jurídicos que además requieren de modo inevitable para su resolución la lesión o puesta en peligro de uno de ellos, implicando además, la imposibilidad de acudir a otros medios para remediar la situación que padece el sujeto, y el consiguiente criterio subsidiario en la apreciación de la eximente<sup>381</sup>. Además, que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, que sea real, efectivo, grave, inminente y proporcionado, así como que el daño ha de ser inminente<sup>382</sup>.

Para GÓRRIZ ROYO<sup>383</sup>, el presupuesto básico para poder aplicar las causas de justificación es, necesariamente, la previa afirmación de haberse realizado completamente el tipo, coligiéndose que en los delitos que nos

---

<sup>379</sup> Vid. GUÉREZ TRICARICO, Pablo, *“Memento Práctico Penal 2011”*, op. cit., pág. 187. El estado de necesidad puede definirse como un estado de peligro actual para legítimos intereses propios o de un tercero, que sólo puede conjurarse mediante la lesión o pueda en peligro de los legítimos intereses de otra persona.

<sup>380</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *“Derecho Penal. Parte General”*, Editorial Tirant lo Blanch, 8º edición, Valencia, 2010, pág. 388.

<sup>381</sup> STS de 22 de octubre de 2005.

<sup>382</sup> Vid. MIR PUIG, Santiago, *“Derecho Penal. Parte General”* Editorial Reppertor, Barcelona, 2011, pág. 465.

<sup>383</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, *“Protección penal de la ordenación del territorio”*, op. cit. pág.1089.

ocupan, deben de verificarse todos los elementos integrantes de los tipos previstos en los apartados 1º y 2º del art. 319 del CP, esto es, tanto la intervención de alguno de los sujetos activos profesionales o no, como la realización de la conducta típica consistente en “*construir*” careciendo de autorización, o de “*edificar*” sin licencia autorizable, como finalmente la ubicación locacional de la conducta delictiva en los lugares y suelos previsto respectivamente en este precepto. En consecuencia, si falta alguno de estos elementos típicos, nunca podrá afirmarse la justificación de la conducta, sino la ausencia de tipo, esto es, de la concurrencia de una causa de ausencia, negación, o exclusión de la tipicidad

No debe de tener la persona necesitada la obligación de sacrificio en consideración al oficio o cargo que presta, debiendo estar la misma jurídicamente determinada por la propia ley o por un contrato.

Este estado de necesidad se caracteriza por la objetividad y por la inmediatez, de modo que no puede tenerse en cuenta si el peligro ya ha pasado o se ha producido de manera irremediable, es decir el mal debe estar latente<sup>384</sup>, conllevando siempre una situación de peligro para el bien protegido, debiendo como antes se ha apuntado, ser actual, tratarse de un daño inminente, o aunque no sea inminente, posteriormente ya no sería posible hacerle frente.

Sostienen CALDERON CEREZO/CHOCLAN MONTALVO<sup>385</sup>, que el estado de necesidad requiere que el conflicto no se pueda evitar de otra manera, debiendo de utilizarse el medio más benigno entre los disponibles;

---

<sup>384</sup> Vid. Código Penal comentado, Editorial Colex, Madrid, 2010, pág.70.

<sup>385</sup> CALDERÓN CEREZO, Ángel/CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, “*Código Penal comentado*”, Editorial Ediciones Deusto, año 2004, pág. 44.

sin embargo para RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ<sup>386</sup>, deberá analizarse cuidadosamente en cada caso la situación para decidir si efectivamente concuerda la situación de necesidad creada con la intención que tenía el sujeto. No se dará esa concordancia cuando la situación evoluciona hacia una gravedad no prevista y, por consiguiente, no querida por el sujeto. Tampoco cuando el actuar precedente no va encaminado a colocarse en una situación de necesidad en la que se halla porque cambia los propósitos del agente.

Centrándonos en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, para que sea factible y pueda prosperar el estado de necesidad<sup>387</sup>, se debe de justificar que el sujeto activo que ejecute la construcción, urbanización o edificación<sup>388</sup>, aun sin contar con la autorización o licencia administrativa, está impulsado por el ánimo de evitar un mal propio o ajeno<sup>389</sup>, y que ese mal que soporta sea grave y actual, como sucede en los supuestos de edificaciones que se ejecutan en suelo rural que tiene como fin evitar la muerte provocada por enfermedades

---

<sup>386</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *“Derecho penal”*, Parte General, Dykinson, Madrid, 1992, pág. 571.

<sup>387</sup> Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *“Derecho Penal Español”*, op. cit., pág. 1092. Aunque algún autor alega el estado de necesidad, no parece admisible.

<sup>388</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR; Miguel Ángel, *“Los delitos urbanísticos”*, op. cit., pág. 258: No existe tipicidad del delito urbanístico con base en el principio de insignificancia de los hechos que fueran calificable como de edificación de necesidad, en la medida en que se trataría de pequeñas obras (cabañas o chabolas).

<sup>389</sup> Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, *“Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal”*, op. cit., pág.187. Para la aplicación del estado de necesidad al sujeto que construye, urbaniza o edifica de forma no autorizable en alguno de los suelos o espacios que se señalan en el artículo 319 del Código Penal, es necesario ante todo que se halle en una situación de necesidad –elemento objetivo-. Así, se restringiría la eximente a los supuestos en que el sujeto activo fuese, y como ejemplo, el constructor particular que, en un estado de necesidad, autoedifica un habitáculo para su uso propio o ajeno.

graves<sup>390</sup> o lesiones corporales<sup>391</sup>. En esa necesidad el sujeto debe de haber agotado todas las posibilidades que podrían autorizarse o todos los recursos posibles con el objeto de atender a esas necesidades acudiendo a alguna de las múltiples instituciones públicas o privadas que indudablemente existente en el lugar de los hechos<sup>392</sup>.

Si difícil resulta justificar el estado de necesidad en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo por las personas físicas, más complicado si cabe, resulta la justificación por las personas jurídicas, cuando con la acción de antijuricidad se persigue que la actividad económica no tenga pérdidas<sup>393</sup>. Como suele suceder en los supuestos donde las sociedades mercantiles ejecutan obras de edificación en suelo rural sin contar con la pertinente licencia administrativa, alegando que su

---

<sup>390</sup> SAP de Cádiz (Sección 4º), Sentencia de 28 de mayo de 1999, se alega por el acusado que construyó la vivienda de 100 m<sup>2</sup>, sin la pertinente autorización ni licencia, en terreno calificado en el PGOU como suelo no urbanizable, por motivo de enfermedad y motivado por el hecho de que sus compañeros de trabajo de urbanismo, le había manifestado que construyesen y que todo se arreglaría con el pago de una multa.

<sup>391</sup> SAP de Granada (Sección 1ª) Sentencia núm. 416/2009 de 15 julio ARP 2009\1366.

<sup>392</sup> Para el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia de 13 junio 1991 RJ 1991\4699, “*La exención de responsabilidad penal en los casos de estado de necesidad existe cuando se realiza un delito para evitar un mal propio o ajeno que amenaza de modo grave e inminente, porque no hay otro medio lícito o menos perjudicial para eludirlo, siempre que concurren los tres requisitos que enumera el referido n.º 7.º del art. 8, esto es, que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar, que no exista obligación de sacrificarse por razón de oficio o cargo, y que no hubiera habido provocación intencionada de tal situación por parte del propio sujeto. Del mismo precepto de estado de necesidad se deduce que ha de existir un conflicto entre diversos males, planteado de tal modo que sea inevitable acudir a la comisión del delito para librarse del peligro que amenaza, porque no haya en el caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias específicas que lo rodean, otro remedio para impedir la realización de ese mal inminente y grave*”.

<sup>393</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación de territorio*”, op. cit., pág. 1098, en referencia a la pérdidas económicas de la empresa, considera esta autora, que en estos casos, cabe delimitar un conflicto de intereses entre el uso racional del suelo y el interés del empresario - ya sea constructor o promotor, persona física o jurídica-, en preservar la producción de la empresa o la continuidad en activo de la misma y además, mediatamente, los puestos de trabajo. El propósito de evitar la crisis de la empresa es, teóricamente, lo que motivaría al empresario a llevar a cabo una construcción sin autorización o una edificación sin licencia autorizable en los suelos y lugares contemplados en el art. 319 C.P.

conducta delictiva ha estado guiada con el objeto de salvar tanto la propia actividad, como los puestos de trabajos inherente a la misma. En parecidos términos se pronuncia ACALE SÁNCHEZ<sup>394</sup>, cuando señala que hay que ponderar el mal causado a los bienes jurídicos protegidos con la capacidad de la empresa y la pérdida de puestos de trabajo, no se puede afirmar que sea prioritario la capacidad competitiva de la empresa, pues el Estado no puede apoyar una producción salvaje, de forma que primen en abstracto y con carácter *ex ante* los intereses económico frente a los medios ambientales.

Para algunos autores, entre ellos, GÓRRIZ ROYO<sup>395</sup>, cuando exista un conflicto de intereses entre el bien jurídico protegido *ordenación del territorio* y la conservación del trabajo de un operario de la construcción, hay que sopesar la situación de desempleo (mal que se quiere evitar), y si se puede evitar acudiendo a otros remedios. Considera BLANCO LOZANO<sup>396</sup>, en referencia al estado de necesidad en los delitos medioambientales, que casos ha habido, hay y habrá, en que empresas y agentes económicos, a tenor de la difícil situación financiera en que se hallan sumidos, no puedan hacer frente a las con frecuencia severas exigencias administrativo-ambientales previstas en la normativa, sencillamente porque de así hacerlo, el ejercicio de su actividad, ya de por sí reducido en algunos casos a raquíticos márgenes de ganancias —cuando no de pérdidas—, sería absolutamente deficitario y antieconómico. Tales

---

<sup>394</sup> ACALE SÁNCHE, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit., pág. 194.

<sup>395</sup> Vid. GORRIZ ROYO, “*Protección penal de la ordenación de territorio*”, op. cit., pág.1099.

<sup>396</sup>Vid. BLANCO LOZANO, Carlos, “*Algunas aplicaciones de la teoría jurídica del delito a casos concretos de criminalidad ambiental*”, Diario La Ley, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-160, tomo 5, Editorial LA LEY.

agentes tienen entonces sólo dos opciones: o cerrar sus puertas y cesar en su actividad, generando más desempleo, o continuar en la misma contraviniendo, como expresamente prevé el art. 325 CP, las «Leyes y otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente». Se trata, a fin de cuentas, de valorar y definir la propia situación de necesidad que fundamente tal expediente justificador.

A diferencia con España, en Italia<sup>397</sup> los tribunales sí consideran el estado de necesidad en los delitos sobre la ordenación de territorio y el urbanismo, en los supuestos de ejecución de edificaciones para refugios y espacios para personas gravemente enfermos, con el objeto de propiciar cuidados o en los supuestos muy usuales de la construcción sin autorización de una familia de ocho miembros que vivía en condiciones infrahumanas hacinada en una sola habitación.

### **3. Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo**

La institución del ejercicio legítimo de un derecho está regulada en el art. 20.7 de nuestro CP, al disponer *que están exentos de responsabilidad criminal los que obren en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*. Esta justificación es una circunstancia que provoca la exención de la responsabilidad criminal del autor de un delito, al eliminarse uno de los elementos de la infracción

---

<sup>397</sup>La Sentencia del Tribunal de Casación de Roma de 2 de noviembre de 1980, consideró la eximente en un supuesto en el que se realiza el hecho típico de construcción sin licencia administrativa: quien ejecuta modestos trabajos de sobreelevación, sin concesión edilicia, de los muros separadores de una construcción preexistente para consentir a los dependientes de la propia empresa no comprometer el puesto de trabajo.

penal, como es la antijuricidad<sup>398</sup>. No actúa antijurídicamente quien realiza un hecho típico en cumplimiento de un deber jurídico o ejerciendo legítimamente un derecho, oficio o cargo, es decir, no puede actuar contra derecho quien cumple un deber jurídico, ni quien ejerce precisamente un derecho de forma legítima<sup>399</sup>.

Para nuestro Alto Tribunal, la eximente del ejercicio legítimo de un derecho surte sus efectos exculpatórios cuando nos encontramos ante un supuesto típico pero no antijurídico por concurrir una causa que justifica la acción del que se ampara en un derecho para actuar de una determinada manera. Este derecho legitima la acción y desvanece el reproche antijurídico, convirtiendo la acción típica en penalmente impune<sup>400</sup>. Para LUZÓN PEÑA<sup>401</sup>, el ejercicio legítimo de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico autoriza a realizar una conducta en principio típica, y por tanto, la justifica.

No realiza una conducta antijurídica la persona que obra en el ejercicio legítimo de un derecho, dado que su titular está facultado para renunciar o no hacer uso de ese derecho. Para que se aprecie el ejercicio de un derecho deberá ser legítimo y los medios que se usen deben ser ajustados a las prescripciones legales.

---

<sup>398</sup>Vid. AMADEO GADEA, Sergio, “*Código Penal. Parte General*”. op. cit., pág. 170. Es totalmente lógico que, cuando se actúe en cumplimiento de esos deberes, derechos o funciones, los que los ejerciten no se encuentren implicados en una situación definida como antijurídica y punible.

<sup>399</sup> Vid. GUÉREZ TRICARICO, Pablo, “*Memento Práctico Penal 2011*”, op.cit., pág. 195.

<sup>400</sup> STS (Sala de lo Penal), Sentencia de 10 de junio de 1992.

<sup>401</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “*Lecciones de Derecho Penal. Parte General*”, op. cit., pág. 438.



Para un sector de la doctrina<sup>402</sup>, el derecho de corrección se establece en beneficio del corrigiendo, para el cumplimiento de las finalidades educativas, no siendo legítimo su uso cuando no se utiliza con moderación<sup>403</sup>. También la lesión en la práctica de algún tipo de deportes como puede ser el fútbol o el boxeo, o los espectáculos taurinos está legitimada por el consentimiento en el riesgo o en la autorización administrativa.

Para que pueda apreciarse el ejercicio de un derecho deben darse los siguientes requisitos:

- a) La existencia de un título correcto que lo ampare.
- b) Los derechos han de ser derechos subjetivos o privados, teniendo cabida también el Derecho consuetudinario; así como también intereses legítimos tutelado por el Ordenamiento Jurídico. Lo que se lesiona es un bien jurídicamente protegido para mantener o defender un derecho subjetivo.
- c) Legitimidad de la acción, no pudiéndose apelar a esta eximente cuando se vulneran leyes o disposiciones expresa acerca del ejercicio de ese derecho.
- d) Que el sujeto obre en el ejercicio de su derecho o facultad con la diligencia debida adecuada a las circunstancias del caso concreto.

---

<sup>402</sup> Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, “*Derecho penal español*” op. cit. pág. 513.

<sup>403</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás, “*Derecho Penal. Parte General*”, op. cit., pág. 440.

- e) Que el derecho en virtud del cual se actúa suponga la tutela de un bien jurídico de calidad equiparable a la del que resulta vulnerado por la acción típica cometida<sup>404</sup>.

La justificación del ejercicio legítimo de un derecho es muy difícil en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, dado que la persona que pretenda ejecutar obras de urbanización, construcción y edificación, tendrá la obligación con anterioridad a su inicio, de solicitar la autorización municipal pertinente, debiendo esa solicitud ser valorada por la propia administración competente en materia de urbanismo. Si la licencia de obra no es concedida no tiene derecho a la ejecución de las obras, y si la mismas son realizadas a pesar de su denegación estaríamos en presencia de la figura típica del art. 319 del CP, y en su consecuencia nunca estaría justificado el ejercicio legítimo de un derecho, aunque las obras se ejecuten en suelo propiedad de la persona que realiza las obras. En este mismo sentido se pronuncia GÓRRIZ ROYO<sup>405</sup>, cuando manifiesta que en caso de denegación, -expresa o presunta-, e incluso de caducidad de la licencia y realización de las conductas típicas del art. 319 del C.P., no cabe apelar al ejercicio legítimo de un derecho para justificar la realización de aquellas edificaciones y construcciones.

Otro de los supuestos donde no puede ser apreciada la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho se da en caso de que una persona solicite una licencia de obra reuniendo todos los requisitos de

---

<sup>404</sup> Ejemplo de ese ejercicio legítimo de un derecho se puede apreciar, en el derecho de corrección que el Código Civil concede a determinadas personas para castigar y enmendar moderadamente a los que están sometidos a ellas, como son las potestades de familia reguladas en el art. 154 y 268 C.C. También se produce en los deportes violentos al ser conductas permitidas aunque el resultado es lesivo y, a veces permitido por el lesionado. Si este deporte es legítimo de conformidad con lo establecido en las reglas de aplicación, las lesiones e incluso la muerte estaría amparada por esta eximente.

<sup>405</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación de territorio*”, op. cit., pág.1105.

legalidad, y la autorización a pesar de ser un acto reglado es denegada por la Administración competente en esa materia urbanística. El camino correcto antes de la ejecución de las obras sería impugnar en vía administrativa la resolución denegatoria y en su caso, si procede, la interposición de recurso contencioso-administrativo. Igualmente sucederá si la licencia está concedida y es nula de pleno derecho por adolecer de vicio de nulidad<sup>406</sup>.

#### 4. Cumplimiento de un deber

Al igual que sucede al justificar el ejercicio legítimo de un derecho, tampoco actúa antijurídicamente<sup>407</sup> el que obra en cumplimiento de un deber, pero éste debe de ser jurídico<sup>408</sup>, es decir, no son deberes morales, sociales o de cortesía, sino que derivan del Ordenamiento Jurídico, debiendo de ponderarse en cada caso concreto las circunstancias que concurren, no estando amparada la eximente en los supuestos de cualquier exceso. La aplicación de la causa de justificación del cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho trae consigo la licitud de la

---

<sup>406</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “*idem*”, op. cit., pág.1106. En los casos en que el beneficiario de una licencia que adolece de un vicio de nulidad, lleve a cabo las construcciones o edificaciones del art. 319 C.P., no cabría justificar su conducta apelando al ejercicio legítimo de un derecho, *porque la licencia no convierte lo antijurídico en lícito*. Es decir, la *concesión de una autorización no configura una causa de justificación*. Ello no obstante, si el beneficiario ha incurrido en error o desconoce el vicio del que adolece la licencia, su conducta sería antijurídica pero, cabe excluir su culpabilidad.

<sup>407</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás, “*Derecho Penal. Parte General*”, op.cit., pág. 441. El que realiza una conducta jurídicamente obligatoria no puede quedar sometido a responsabilidad criminal alguna, por la sencilla y obvia razón de que su actuar no puede ser calificado de antijurídico.

<sup>408</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “*Lecciones de Derecho Penal. Parte General*”, op. cit., pág. 475.

conducta típica y la exclusión tanto de la responsabilidad penal como de la civil derivada del delito<sup>409</sup>.

Se aplicarán también las eximentes en los deberes profesionales, pues el cumplimiento de funciones públicas o el desempeño de algunas profesiones asumen determinadas obligaciones que derivan directamente de la ley, de los estatutos o reglamentos de Colegios Profesionales al que están incorporados. Ejemplo de lo dicho, lo tenemos en el art. 263 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispensa de la obligación de presentar denuncia de una actividad delictiva a los Abogados<sup>410</sup> y Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que reciban de sus clientes; así como los eclesiásticos y ministro de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubieren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio. En el mismo sentido se pronuncia el art. 199 del C.P., al disponer: *“el que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses; como*

---

<sup>409</sup> Vid. LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, *“Curso de Derecho Penal. Parte General. Las causas de justificación”*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, pág. 465.

<sup>410</sup> Art. 542.3 de la LOPJ y art. 32 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 658/2001, 22 de junio: Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.

Art. 39 e, del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales, aprobado por Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, establece como deberes del Procurador la de guardar secreto sobre cuántos hechos, documentos y situaciones relacionados con sus clientes hubiese tenido conocimiento por razón del ejercicio de su profesión. Esta obligación de guardar secreto se refiere, también, a los hechos que el procurador hubiera conocido en su calidad de miembro de la Junta de Gobierno del Colegio o de un Consejo de Colegios de Comunidad Autónoma o del Consejo General de Procuradores de los Tribunales. También alcanza la obligación de guardar secreto a los hechos de los que haya tenido conocimiento como procurador asociado o colaborador de otro compañero.

*también el profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”.*

El cumplimiento de un deber como causa de justificación en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, en nuestra opinión, es harto difícil de apelar a este deber como justificación de la actuación delictiva. En el hipotético supuesto de que un operario de una obra conocedor de la ilicitud de la ejecución de la construcción, se abstenga de cumplir el mandato de su superior desobedeciendo, la acción sería atípica. Si por el contrario el operario a pesar de conocer la ilicitud de las obras obedece la orden del superior, la conducta sería antijurídica por ser cooperador necesario<sup>411</sup>.

## **5. Consentimiento**

Como norma general, el consentimiento del sujeto pasivo en los delitos no es una causa de justificación, debiéndose de considerar como supralegal, pues de lo contrario se podría poner en peligro el principio de

---

<sup>411</sup>Vid. CALDERÓN CEREZO, Ángel/CHOCLÁN MONTALVO, José, “Código penal comentado”, op. cit. pág. 45. Que aunque el nuevo Código penal no ha recogido la eximente de obediencia debida, se considera por la teoría que el art. 20.7 (“cumplimiento de un deber”) permite justificar las lesiones típicas que se produzcan por el cumplimiento de un deber de obediencia, de rango superior o igual al deber de abstenerse, de realizar la acción prohibida o de ejecutar la acción ordenada, en los delitos de omisión. Se reconoce en nuestro Derecho la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios o vinculantes. Pero en ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituya delito o sean contrarios a la Constitución o las Leyes (art. 5.1 d) de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerza y Cuerpos de Seguridad.

legalidad<sup>412</sup>, sin embargo para LACRUZ LÓPEZ, el fundamento del consentimiento como causa de justificación se encuentra en la prelación de la libertad de actuación de la voluntad frente al desvalor de la acción y del resultado de la puesta en peligro o lesión de los bienes jurídicos implicados en estas situaciones<sup>413</sup>.

Pero todo cambia si el consentimiento del sujeto pasivo lo es de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, que al ser bienes de titularidad colectiva la causa de justificación no es posible, pues como se ha comentado al estudiar el sujeto pasivo, el depositario de este interés es la colectividad, entendida como el conjunto de habitantes del territorio donde se ha cometido el delito, y se ha atacado en último término la calidad de vida de los habitantes, es decir, el sujeto pasivo en estos tipos delictivos pueden ser tanto una persona física como una persona jurídica, la propia colectividad o el Estado<sup>414</sup>. Para COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN<sup>415</sup>, debe negarse toda eficacia al consentimiento en los delitos contra la

---

<sup>412</sup> Existen excepciones de imputabilidad al consentimiento del sujeto pasivo, como son los supuestos del art 156 del C.P., sobre los trasplantes de órganos y cirugía transexual; la esterilización del incapaz con grave deficiencias psíquica con autorización judicial a petición de su representante legal y previo informe de especialistas y examen del incapaz, así como la eutanasia que está despenalizada parcialmente cuya regulación se contempla en el 143 del C.P. Otra excepción de imputabilidad la tenemos en los delitos contra el honor, injurias y calumnias, dependiendo el consentimiento del ofendido si se ejercita la acción penal porque si no existe querrela por parte del sujeto pasivo no habrá delito dado que nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela criminal.

El consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales

<sup>413</sup> LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, “Curso de Derecho Penal. Parte General. El delito como conducta antijurídica. Las causas de justificación”, op. cit., pág. 493.

<sup>414</sup> Vid. BLANCO LOZANO, Carlos, “La protección penal del suelo no urbanizable”, Diario La Ley, núm. 5724, Sección Doctrina, 21 febrero de 2003, Año XXIII, ref. D-46, Editorial LA LEY.

<sup>415</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás, “Derecho Penal. Parte General”, op. cit., pág. 452.

comunidad, pues la voluntad colectiva de los ciudadanos se manifiesta por medio de la Ley.

En los tipos penales del art. 319 donde se protegen bienes jurídicos de titularidad colectiva, pública<sup>416</sup> o estatal, no son susceptibles de disposición por ningún individuo, al no manifestar la voluntad comunitaria<sup>417</sup>, aun en el hipotético caso de que el consentimiento lo preste el propietario del suelo donde se ha cometido la conducta antijurídica, porque no se protege el propio suelo sino todo lo contrario a la ordenación del territorio y el urbanismo que al ser un bien jurídico protegido supraindividual no es disponible para un particular<sup>418</sup>.

## **6. El error de tipo en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo**

Como antes hemos apuntado el dolo, en su elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho, que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la misma, por ello, si el conocimiento es equivocado con juicio falso o ignorancia, incidirá sobre la culpabilidad que excluirá al dolo<sup>419</sup>. El error de tipo se refiere al conocimiento equivocado o deformado sobre un elemento esencial del tipo o sobre un elemento accidental que

---

<sup>416</sup>Vid. BLANCO LOZANO, Carlos, “*La protección penal del suelo no urbanizable*”, Diario La Ley, núm. 5724, Sección Doctrina, 21 febrero de 2003, Año XXIII, ref. D-46, Editorial LA LEY.

<sup>417</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op. cit. pág. 1103.

<sup>418</sup> SAP de Jaén de 29 de mayo de 2000.

<sup>419</sup> Código Penal comentado, Editorial Colex, Madrid, 2010, pág.14.

opere como factor agravatorio<sup>420</sup>. Al error<sup>421</sup> de tipo se refiere el art. 14.1 del CP, al disponer que: *“El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales de autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”*.

A los efectos de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, el error de tipo<sup>422</sup> debe de recaer sobre un elemento normativo<sup>423</sup> del precepto del 319.1 y 2 del CP, como puede ser la ausencia de licencia administrativa<sup>424</sup>, y desconocimiento de las distintas categorías de suelo. En el error de tipo sobre la ausencia de licencia<sup>425</sup>, el sujeto activo

---

<sup>420</sup> Vid. AMADEO GADEA, Sergio, *“Código penal. Parte general”*. op. cit., pág. 88.

<sup>421</sup> Art. 6.1 del CC: La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen.

<sup>422</sup> Vid. SERRANO GÓMEZ, Alfonso /SERRANO MAÍLLO, Alfonso/SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *“Curso de Derecho Penal. Parte especial”*, Editorial Dykinson, Madrid, 2012, pág. 454. Se podría apreciar el error de tipo si se desconoce que la construcción es no autorizable.

<sup>423</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *“Lecciones de Derecho Penal. Parte General”*, op. cit., pág. 265. El error sobre un elemento normativo no plantea problemas cuando la equivocación o ignorancia recae sobre el sustrato fáctico del elemento, pues entonces está claro que excluye el dolo y tiene las demás consecuencias del error de tipo. Sin embargo, para MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *“Memento Práctico Penal 2011”*, editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pág. 260. El Código lo describe como un error sobre el hecho constitutivo de la infracción penal. Tal caracterización es correcta: la imputación subjetiva requiere, ante todo, que el responsable conozca el hecho que está realizando. MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, *“Lecciones de Derecho penal. Parte Especial Tomo I”*, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, pág. 308. El error sobre cualquiera de los elementos constitutivos de la infracción penal dará lugar a un error de tipo del artículo 14.1 CP, que determinará la impunidad de la conducta, tanto en los casos de error de tipo vencible como invencible; con independencia, de las circunstancias del hecho y las personales del autor, al no ser punible la comisión imprudente para este tipo de delitos.

<sup>424</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, *“Derecho Penal de la Construcción. La delincuencia urbanística”*, op. cit., pág. 56, considera esta autora que el error sobre el alcance de la licencia puede darse tanto en los supuestos en los que el sujeto crea erróneamente que sólo ha de pedir licencia para una parte de las obras de urbanización, construcción o edificación, como aquellos en los que ha habido concesión de la licencia, pero el sujeto cree que en ella se permite más de lo realmente autorizado.

<sup>425</sup> Vid. MARTIN LORENZO, María, *“Memento Práctico Penal 2011”*, op. cit., pág. 1213. La situaciones de error que se pueden plantear en el ámbito de los delitos sobre la ordenación del territorio se centra en los supuestos de a) desconocimiento acerca de la necesidad de solicitar y obtener licencia para llevar a cabo las obras de urbanización, construcción o edificación; b) error sobre el alcance de la licencia, que puede producirse tanto porque se crea erróneamente que sólo ha de pedirse licencia para una parte de



debe de desconocer la obligación de solicitar la autorización que le habilite a llevar a cabo la ejecución de las obras, bien porque crea que no es necesaria, o bien porque, aun conociendo esa obligatoriedad atendiendo a la naturaleza del suelo, en su caso no es necesaria. De ahí, que MUÑOZ CONDE<sup>426</sup> señale, que el autor obra dolosamente, si tiene conocimiento de que el suelo donde construye es no urbanizable, como de que la construcción no es susceptible de autorización. El error sobre cualquiera de estos elementos dará lugar a la apreciación de un error de tipo conforme al art. 14.1 del CP, y por consiguiente a la impunidad de la conducta tanto en los casos de vencibilidad como en los de invencibilidad del error, al no ser punible la comisión imprudente. Sin embargo para QUERALT JIMÉNEZ<sup>427</sup>, el que alguien considere que puede construir donde quiera y como quiera, que manifieste desconocer, no ya la regulación urbanística – tarea ciclópea, por otra parte- , sino los aspectos más elementales como la naturaleza jurídica del suelo en el que pretende edificar y la necesidad de solicitar una licencia a la autoridad municipal competente, es, en el mejor de los casos, un error grosero.

Los sujetos activos que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables, podrán alegar la situación de error de tipo, de conformidad con lo establecido en el art. 14.1 del CP, tanto en su forma de vencible como invencible. Este error puede recaer sobre cualquier circunstancia que define el precepto, como puede ser que la

---

las obras de urbanización, construcción o edificación; y, c) desconocimiento acerca del carácter nulo de la licencia.

<sup>426</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, op. cit., pág. 573.

<sup>427</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. , “*Derecho Penal Español Especial*”, op. cit., pág. 1093.

edificación es autorizable<sup>428</sup> cuando en realidad no lo es, o bien creer que el suelo donde se realizan las obras es suelo clasificado como suelo urbano.

Sostienen SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO<sup>429</sup> que podrá en algún caso apreciarse error, sobre todo acerca de que la construcción sea o no autorizable, o incluso en la localización de los terrenos, tratándose de un error de tipo, hará impune la conducta aunque sea vencible.

Para que prospere el error de tipo, el juzgador debe de valorar y estudiar todas las circunstancias que concurren en el supuesto de hecho, y tener en cuenta la condición de cualquier persona media perteneciente al entorno socio-cultural de los protagonistas del hecho. Todo ello ha de resultar de los elementos de prueba que ponga de relieve las circunstancias concurrentes<sup>430</sup>.

Para CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO<sup>431</sup>, se distinguen varios supuestos especiales de error de tipo. Así, el denominado *dolus generalis* consiste en que el resultado perseguido por el autor es producido por una acción distinta de la que el autor consideraba que lo produciría, es decir, el autor cree haber logrado ya el resultado con un primer acto, mientras que en realidad se ocasiona con la segunda acción, realizada con fin de ocultar el hecho. El error *in persona vel in objeto* se produce cuando el autor yerra sobre la identidad o cualidad de la persona u objeto al que dirige el golpe. Para otros autores, en el error acerca del tipo,

<sup>428</sup>Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, “*Delitos Urbanísticos*”, op. cit., pág. 195.

<sup>429</sup> SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SERRANO MAÍLLO, Alfonso, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, op. cit., págs 633-637.

<sup>430</sup>Vid. BARRIENTOS PACHO, Jesús María, “*Delitos relativos a la ordenación del territorio*”, op.cit., pág.1559.

<sup>431</sup> CALDERÓN CEREZO, Ángel/CHOCLÁN MONTALVO; José Antonio, “*Código penal comentado*”, op. cit., pág. 28.

el autor cree que no concurren en su conducta todos o algunos de los elementos del tipo legal, pesa a que, efectivamente, concurren, comprendiendo tanto el error acerca de la correspondencia de la situación de hecho, dada con los caracteres del tipo de injusto descrito en la figura legal (error en el motivo), cuando más impropriamente es el error en la ejecución<sup>432</sup>.

En los delitos urbanísticos, el error de tipo<sup>433</sup> afecta directamente a la responsabilidad criminal, pudiendo ser vencible<sup>434</sup> o invencible, siendo necesario que el error se demuestre de forma indubitada y palpable, que cuando la conducta punible sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse, correspondiendo la prueba a quien incumbe su alegación.

La alegación del error de tipo será diferente entre los profesionales de la construcción y los particulares promotores, siendo muy difícil o casi imposible la admisibilidad del error al técnico director, constructor o promotor profesional, y menos aún en su forma de invencible. A diferencia de un propietario que no sea profesional de la actividad de la construcción, cabe la posibilidad que edifique en suelo rural mediando error invencible.

---

<sup>432</sup>Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás. "Derecho Penal. Parte General", op. cit., pág. 603.

<sup>433</sup>Vid. RODRIGUEZ DEVESA, José María/ SERRANO GÓMEZ, Alfonso, "Derecho Penal Español. Parte General", DYKINSON, Madrid, 1992, pág. 663, considera que los elementos que configuran el error de tipo son: a) Error (en la formación de la voluntad); b) Que ese error sea sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal (tipo), y c) Se excluye el dolo y la culpa (para el error invencible y sólo el dolo para el error vencible).

<sup>434</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, "Derecho Penal de la Construcción. La delincuencia urbanística", op. cit. pág. 56. Lo habitual es que en estos supuestos nos encontremos ante un error de tipo vencible, ya que, precisamente por el ámbito del que se trata y por el tipo de sujetos que lo realizan, conocedores del proceso de construcción, es prácticamente imposible que, aplicando mayor diligencia, no hubiera salido de su error.

En este sentido, BOLDOVA PASAMAR<sup>435</sup> sostiene que si el sujeto activo es un profesional suele estimarse que la alegación de un error de tipo deviene irrelevante, pues a cualquiera de los tres agentes (promotores, constructores y técnicos directores) se le presupone aptitud profesional y con ello conocimiento técnico suficiente para saber que no es posible llevar a cabo construcciones sin autorización o edificaciones no autorizable en los suelos seleccionados por las figuras de los delitos urbanísticos<sup>436</sup>. Si el error de tipo vencible<sup>437</sup> como norma general lleva aparejada la pena del delito imprudente, pero en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, al ser un delito doloso, no es posible la incriminación imprudente<sup>438</sup>, y en su consecuencia provocará la impunidad de la conducta<sup>439</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>440</sup> mantiene en abundantes resoluciones judiciales que no es posible conjeturar o invocar tales errores en infracciones de carácter natural o elemental cuya ilicitud es

---

<sup>435</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 200.

<sup>436</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP*”, op. cit., pág. 1111.

<sup>437</sup> SAP de Córdoba (Sección 1ª), Sentencia núm. 440/2004 de 3 noviembre: “*Los datos objetivos de edificación en un entorno de proliferación de edificaciones en iguales circunstancias, así como de ausencia de noticias o requerimientos algunos de paralización de las obras desde la fecha de la denuncia por falta de licencia cuando la obra ya se encontraba prácticamente concluida, son los que inducen al Juzgador de instancia a apreciar un error de tipo vencible que conduce a la absolución*”.

<sup>438</sup> SAP de Zaragoza (Sección 1ª), núm. 277/1999 de 15 de junio: “*El empleo de conceptos normativos en la conducta típica posibilita la alegación de la situación de error de tipo que, tanto en su versión vencible como invencible de conformidad con el art. 14.1 del Código penal y ante la impunidad de la imprudencia, excluirá la responsabilidad criminal. El error puede versar sobre cualquier circunstancia de las requeridas por el precepto, y por consiguiente, puesto que el dolo presupone el conocimiento de todos los conocimientos del tipo objetivo, el error de tipo excluye el dolo, y sin éste no hay culpabilidad, ni consecuentemente punibilidad, al no estar expresamente castigada en el tipo la comisión imprudente*”.

<sup>439</sup> Vid. SALINERO ALONSO, Carmen, “*Delitos sobre la ordenación del territorio*”, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-225, Tomo 4, Editorial La Ley.

<sup>440</sup> STS de 12 de mayo de 2000, 16 de enero y 14 de mayo de 2001.

notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada, ni cuando la ilicitud de la conducta resulta evidente para cualquier persona aun sin conocimientos jurídicos elementales, llegando a afirmar que, excluir el error, no requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad. A estos efectos, la jurisprudencia se ha hecho eco de una serie de criterios delimitadores, de entre los que cabe destacar, el de la atención a las causas subjetivas y ambientales en las que el autor se desenvuelve, así como sus características profesionales, psicológicas y culturales, lo que es desde todo punto de vista lógico, en tanto en cuanto el principio de responsabilidad establece que las personas serán responsables por la corrección de sus decisiones dentro de los límites de su capacidad ético-social.

El tratamiento del error de tipo en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en la jurisprudencia es muy variado y diferente. Hay resoluciones judiciales que consideran que respecto al propietario que no se dedica a la profesión de la construcción, en relación al suelo urbanizable, cabe la posibilidad de que actúe mediando error<sup>441</sup>, incluso que sea de la forma invencible, no siendo admisible ese tratamiento en el técnico-director o en el constructor no profesional<sup>442</sup>. La apreciación del error en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinada por las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor, siendo fundamental para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor, las condiciones psicológicas y culturales del agente, posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento, o de acudir a

---

<sup>441</sup> AAP de Córdoba, núm. 42/2003 de 27 de febrero.

<sup>442</sup> SAP de Baleares 29 de abril de 2006.

medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra<sup>443</sup>. Así, queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia, o al menos sospecha, de que es un proceder contrario a derecho<sup>444</sup>, bastando con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad aunque no la seguridad absoluta de proceder incorrectamente<sup>445</sup>, no siendo permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente<sup>446</sup>. El error puede versar sobre cualquier circunstancia de las requeridas por el precepto, como puede ser, que la edificación es autorizable cuando no lo es, o que el suelo es urbanizable<sup>447</sup>. El sujeto activo debe saber que la edificación en suelo no urbanizable no es susceptible de autorización y, sin embargo, querer realizarla<sup>448</sup>. Tampoco se puede apreciar error en la creencia de que la construcción ilegal levantada podría ser legalizada en un futuro próximo, porque la falsa creencia de que la ilegal edificación pudiera ser autorizada, no altera ni afecta a la concurrencia de los elementos del tipo penal.

Opina GÓRRIZ ROYO<sup>449</sup>, que en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo si el sujeto activo comete una conducta delictiva del art. 319 del CP, con la creencia de que en el momento de cometerlo

---

<sup>443</sup> STS de 29 de septiembre de 1997.

<sup>444</sup> STS de 29 de noviembre de 1994.

<sup>445</sup> STS de 11 de marzo de 1996.

<sup>446</sup> STS de 29 de septiembre de 1997.

<sup>447</sup> Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, “*Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995*”, Actualidad Penal, 1998, Ref. XVI, Tomo 1º, Editorial LA LEY, pág. 320. Para este autor, hay que distinguir el error, según verse sobre el carácter autorizable o no de la edificación, que será error de tipo, o según que recaiga sobre la existencia, contenido y alcance de la autorización, que será error de prohibición.

<sup>448</sup> SAP de Zaragoza de 15 de mayo de 1999.

<sup>449</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op. cit., pág. 1130.

lleva a cabo una construcción o una autorización dentro de la legalidad, porque desconoce la obligación de solicitar y obtener la licencia municipal, nos encontraremos ante un error de tipo, es decir, error sobre el sustrato fáctico del elemento normativo<sup>450</sup>.

Se puede alegar la existencia del error de tipo en los supuestos de que el sujeto activo realiza obra contando con la licencia administrativa pero se excede de los condicionamientos contenidos en el título habilitante, o también si ha excedido en la volumetría de la edificación<sup>451</sup>, sin embargo no se puede apreciar error cuando a pesar de tener licencia administrativa, la misma se ha obtenido ocultando datos falsos<sup>452</sup>, con el entendimiento que sería nula de pleno derecho.

El error de tipo<sup>453</sup> es un estado de mente que directamente afecta a la responsabilidad criminal en distinta medida, según la motivación sea errónea, creencia vencible o invencible, el error ha de demostrarse indubitado y palpable, bien entendido que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse, y otra cosa

---

<sup>450</sup>Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit. pág. 203. Sólo si cree que, a pesar de no tener autorización, podrá obtenerla (regularizando la situación y pagando una multa), pues considera por error que la construcción es autorizable, podría plantarse la existencia de un error de prohibición. De lo contrario en el delito del art. 319.2 el carácter no autorizable de la edificación es lo que pertenece al tipo, por lo que si el autor cree por error que la edificación que lleva acabo es autorizable, cuando en realidad no lo es, estaremos ante un error de tipo.

<sup>451</sup> AAP de Cantabria, núm. 94/2003 de 22 de diciembre.

<sup>452</sup> Vid. CARMONA SALGADO, Concepción, “*Consideraciones críticas en torno a algunos delitos urbanísticos*”, en la ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, libro homenaje al profesor Cerezo Mir, Tecnos, 2002, pág.1215.

<sup>453</sup>Vid. CALDERÓN CEREZO, Ángel/CHOCLÁN MONTALVO; José Antonio, “*Código Penal Comentado*”, op. cit, pág. 28. El error de tipo es, la negación del cuadro de representación requerido para el dolo: el autor desconoce los (o alguno de los) elementos a los que ha de extenderse el conocimiento de dolo según el correspondiente tipo. Es decir, el dolo requiere el conocimiento de los elementos del *tipo objetivo* (tipo entendido en su función reguladora del error), por lo que hay error de tipo cuando falta el conocimiento referido a alguno de esos elementos (la acción, al resultado, a las cualidades del autor, al curso causal).

será que el supuesto error esté o no probado, prueba que sólo le incumbe a quién lo alega. En el error de tipo, el autor conoce los elementos objetivos integrantes del tipo del injusto, porque cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo<sup>454</sup>.

### **7. El error de prohibición en el ámbito de los delitos del art. 319.2 del CP**

Como se ha comentado al hablar del error de tipo, el dolo es un elemento intelectual de conocimiento del significado de la acción antijurídica y del resultado lesivo. Por ello, a *contrario sensu*, el conocimiento equivocado, juicio falso o la falta de conocimiento<sup>455</sup> e ignorancia<sup>456</sup>, puede incidir sobre la culpabilidad, y en su consecuencia, provocar que prospere el error de hecho (*error facti*), que puede coincidir con el error propiamente dicho, y el error de Derecho (*error iuris*) que correspondería con la ignorancia.

Si falta el conocimiento y conciencia de la antijuricidad, porque el sujeto activo cree que su conducta está legalmente permitida, el error sobre la norma prohibitiva o imperativa, o por la creencia que concurre una causa de justificación, el autor del hecho delictivo no debe considerarse sujeto

---

<sup>454</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, “*Derecho Penal. Parte General*”, op. cit., pág. 275.

<sup>455</sup> Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli/VENTURA PÜSCHEL, Arturo, “*Derecho Penal Español. Parte especial (II)*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 211, pág. 979. En caso de desconocimiento de la ineficacia de la autorización, puede concurrir error de prohibición.

<sup>456</sup> Vid. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “*Memento Práctico Penal 2011*”, op. cit., pág. 263. Quien desconoce de manera invencible que su hecho está prohibido no merece reproche penal cuando lo ejecuta.



culpable de la acción si el error es invencible, debiendo ser condenado a una pena con atenuante si el error es vencible, es decir se le aplicará una pena inferior en uno o dos grados. Señala MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, que existe error de prohibición no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho<sup>457</sup>.

Señala LUZÓN PEÑA<sup>458</sup>, que el auténtico error de prohibición se produce cuando el sujeto conoce todos los elementos fundadores o presupuesto de la prohibición, y sin embargo -por un error inconsecuente con tal conocimiento y por tanto no razonable para el hombre medio ideal desde la perspectiva del Derecho-, desconoce la valoración negativa y prohibición jurídica de esa conducta; es decir, el sujeto debe creer que su conducta no es antijurídica desde la perspectiva de la totalidad del ordenamiento. Para un sector de la doctrina el error acerca de la significación antijurídica de la conducta, puede ser directo, cuando el autor ignora la desvalorización que el Derecho atribuye al hecho, o indirecto cuando, conociéndola, cree erróneamente que se halla desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación (de modo que un error inverso – una suposición errónea- provoca otro directo –el desconocimiento de la significación antijurídica-)<sup>459</sup>.

La institución del error de prohibición es convertida en derecho positivo en nuestro país por primera vez en el art. 6 bis a) del Código penal

---

<sup>457</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *“Derecho Penal. Parte General”*, op., cit, pág.382.

<sup>458</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *“Lecciones de Derecho Penal. Parte General”*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 272.

<sup>459</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *“Derecho Penal. Parte General,”*, op. cit., pág. 604.

de 1983<sup>460</sup>, y posteriormente se reguló en el art. 14.3 del CP de 1995. El error de prohibición es la forma inversa del conocimiento de la antijuricidad, debiéndose dar el requisito de que el sujeto que comete el hecho penológico tenga total ignorancia de que su acción es contraria a Derecho, y que actúe creyendo que está obrando con licitud, o dicho de otro modo, se excluye o atenúa la responsabilidad criminal en la institución del error de prohibición cuando el sujeto activo que comete la infracción penal cree obrar de conformidad a Derecho<sup>461</sup>.

El error de prohibición no debe confundirse en el caso de que exista en el sujeto una situación de duda,<sup>462</sup> siendo ésta incompatible con el concepto de creencia errónea, pues la creencia debe ser firme, considerándose la existencia de suficiente conciencia de antijuricidad, cuando el sujeto activo duda, y pese a ello comete la conducta que da origen al delito.

El error de prohibición puede aparecer de dos formas, error sobre la norma prohibitiva o error de prohibición directo, donde el autor tiene la creencia que su conducta no está prohibida por la norma porque ignore la misma, o porque considere que ha expirado su vigencia, y la otra forma es

---

<sup>460</sup> Vid. ALONSO SALAZAR, “Error de tipo y error de prohibición en la dogmática hispanoamericana”, España, Argentina y Costa Rica como ejemplos de la influencia de la ciencia jurídica alemana en la ciencia jurídica extranjera, Revista de Derecho y Proceso Penal, núm. 3, año 2000, Navarra: El artículo 14 del Código Penal español tiene su origen en el artículo 6 bis del Código Penal de 1983. No obstante, el legislador modificó la redacción del artículo, no lo que fue sustituido el concepto de “elemento esencial integrante de la infracción penal” por el concepto de “un hecho constitutivo de la infracción penal”. El legislador pretendió con eso eliminar algunas lagunas legales, como por ejemplo sobre un hecho califica la infracción penal, o sobre circunstancias agravantes.

<sup>461</sup> Vid. RODRIGUEZ DEVESA, José María/ SERRANO GÓMEZ, Alfonso, “Derecho Penal Español. Parte General”, op. cit., págs633-634. Los elementos que integran el error de prohibición son: a) Error (en la formación de la voluntad); b) El error lleva a desconocer la antijuricidad de la conducta (creer estar obrando lícitamente), y c) Se excluye el dolo y la culpa (para el error invencible) y sólo el dolo (para el error vencible).

<sup>462</sup> STS núm. 1141 de 14 de noviembre de 1997.

el error indirecto que puede aparecer cuando el sujeto activo conoce la prohibición pero cree que en el caso concreto existe una causa de justificación<sup>463</sup>.

Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo,<sup>464</sup> el error de prohibición ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o teoría de la culpabilidad, propia del finalismo. Para la primera, es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico, mientras que para la segunda, lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no puede actuar de otro modo. Con independencia de que el artículo 14 del Código Penal pueda ser adscrito a una u otra concepción del error de prohibición, lo cierto es que la Jurisprudencia participa de ambas concepciones cuando establece que no basta con alegar la existencia del error<sup>465</sup>, sino que éste ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho, de forma que cuando dicha información en todo caso se presenta como de fácil acceso no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible, sino de cuestionar su propia existencia.

---

<sup>463</sup>Vid. CALDERÓN CERESO, Ángel/CHOCLÁN MONTALVO; José Antonio, “*Código Penal Comentado*”, op. cit., pág. 29. El error sobre las causas de justificación puede deberse a varias razones: 1) el sujeto puede creer que existe una causa de justificación que no obstante no se encuentra acogida en el ordenamiento jurídico (error sobre la existencia o error de permisión); 2) el sujeto puede suponer equivocadamente que su actuación se sujeta a los límites de una causa de justificación acogida por el Derecho (error sobre los límites de la permisión).

<sup>464</sup> STS núm. 163/2005 de 10 de febrero.

<sup>465</sup> SAP de Jaén 108/2000, de 29 de mayo, entiende que si el sujeto que aduce el error de prohibición por ausencia de dolo en la acción realizada, en base a la existencia en la zonas de innumerables construcciones, y si a ello se une que además solicitó la licencia que le fue denegada por el propio ayuntamiento, no puede decirse que estemos en presencia del error de prohibición.

En los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo es harto difícil<sup>466</sup> la apreciación del error de prohibición<sup>467</sup>, pues el sujeto además de ignorar los numerosos elementos normativos en los tipos, deberá también tener desconocimiento de la prohibición y en su consecuencia la antijuricidad de la conducta. El autor a pesar del dolo típico de que la edificación no es autorizable<sup>468</sup>, debe de obrar creyendo que la misma no está prohibida<sup>469</sup>.

Para un sector jurisprudencial, si se aprecia error de prohibición, siempre estará considerado como de forma vencible, con la atenuación de la pena en uno o dos grados, pero nunca estará exento de responsabilidad penal<sup>470</sup>, operando este error para los supuestos que la conducta delictiva sea realizada por no profesionales de la actividad económica de la

---

<sup>466</sup>Vid. SANCHEZ DOMINGO, María Belén, “*Delitos urbanísticos*”, op.cit. pág. 208: En el delito urbanístico la posibilidad de apreciar un error de prohibición en las conductas de llevar a cabo una construcción o edificación no autorizada o no autorizable no será muy frecuente. La conciencia de la tipicidad, esto es, el conocimiento del carácter autorizado o autorizable de la construcción o edificación implicará la conciencia de la antijuricidad de la conducta, al determinar que ésta es prohibida. Además, la presencia de numerosos elementos normativos en la descripción típica dificulta en extremo el reconocimiento del error de prohibición.

<sup>467</sup> STS de 17 de octubre de 2006, declara que la construcción de un error de prohibición en un mundo tan intercomunicado y permeable a la información, como el que vivimos, ofrece más dificultades que en otras épocas. No deja de ser una concepción teóricamente impecable pero de complicado ajuste a la realidad. Hoy día el desconocimiento absoluto de la antijuricidad de un hecho de esta naturaleza es de difícil acreditación.

<sup>468</sup> STS de 6 de marzo 2006, considera que el dolo se excluye cuando el autor ha obrado con error sobre la concurrencia de los elementos del tipo objetivo, es decir, el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o los hechos constitutivos de la infracción, como expresa el artículo 14 del Código Penal.

<sup>469</sup> SAP de Cádiz 26/2008, de 28 de enero, en esta *litis* la Sala apreció la existencia de un claro error de prohibición, pero no excluyó la tipicidad ni la antijuricidad del actuar del acusado, sino simplemente rebajó la pena en dos grado de conformidad con lo establecido en el art. 14.3 del Código Penal.

<sup>470</sup> SAP de Cádiz 26/2008, de 28 de enero.

construcción, siendo de imposibilidad absoluta si la acción es realizada por el profesional de la construcción<sup>471</sup>.

Existen supuestos donde los tribunales aprecian error de prohibición cuando los profesionales de la construcción proceden a realizar los tipos delictivos del art. 319.2 al considerar erróneamente que su conducta es lícita. Un supuesto típico que se repite con bastante asiduidad es cuando estos profesionales realizan o llevan a cabo las obras de urbanización, construcción o edificación por existir en la misma zona otras edificaciones con la creencia de que en un futuro no muy lejano el Ayuntamiento respectivo va a regularizar mediante la aprobación o revisión de un plan de desarrollo, y más si cabe si en esa zona existen calles asfaltadas, provistas de alumbrado público, red de alcantarillado y saneamiento<sup>472</sup>.

Sostiene SÁNCHEZ ROBERT<sup>473</sup>, que cabe excluir la apreciación del error sobre los elementos normativos del artículo 319, cuando los delitos sean cometidos por los promotores profesionales y constructores, ya que estamos ante aspectos elementales del proceso constructivo, pudiendo

---

<sup>471</sup> En este mismo sentido se pronuncia la SAP de Cádiz (Sección 4ª), Sentencia núm. 54/2004, de 14 de abril, al afirmar “*que tanto a efectos de admitir el error, como para calificar su invencibilidad, no es lo mismo que el autor sea un profesional de la construcción o un particular puntualmente relacionado con esa actividad. Así, para los profesionales, técnicos, constructores o promotores profesionales, el error es mucho menos admisible, siendo en todo caso vencible. En cambio respecto al propietario que no sea profesional promotor, y en relación al suelo no urbanizable, es posible que actúe mediando error e incluso que éste sea vencible*”.

<sup>472</sup> SAP de Cádiz (Sección 4ª), Sentencia núm. 26/2008 de 29 de enero: No es descabellado pensar que el acusado actuase en la creencia errónea de que construía sin licencia pero con la posibilidad de que la edificación fuese autorizable por la circunstancia concurrente de estar enclavada en un conjunto de construcciones análogas levantada en la zona.

Estos datos objetivos de edificación en un entorno de proliferación de edificaciones en iguales circunstancias, unida a la escasa incidencia del comportamiento enjuiciado, es lo que induce a la Sala a apreciar la existencia del error de prohibición sin excluir la tipicidad ni la antijuricidad del actuar del acusado, sino simplemente rebajar la pena en dos grados de conformidad con lo previsto en el artículo 14.3 de Código Penal.

<sup>473</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág.212.

difícilmente alegar a su favor que desconocen la imposibilidad de proveerse de la licencia, de la naturaleza del suelo, ni que ignoran la antijuricidad de su conducta. También para esta autora, en la situación hipotética de que se admita que dichos sujetos incurren en error de prohibición, de modo alguno sería invencible, sino que cabría apreciar un supuesto de *imprudencia iuris*, castigado en atención al artículo 14.3 *in fine* del Código Penal, mediante la pena prevista en el artículo 319 atenuada en uno o dos grados. Si, por el contrario, el particular es el que autoconstruye, y es, “*promotor-constructor*” cabría admitir la concurrencia del error e incluso que sea invencible.

Otro de los supuestos típicos de la apreciación del error de prohibición lo tenemos cuando es la propia administración la que con su actitud pasiva,<sup>474</sup> provoca o confunde al sujeto activo, y éste ejecuta la edificación con el convencimiento que su conducta es ajustada a derecho, desconociendo que su conducta no está permitida en la creencia que va a ser legalizable en un futuro.

Existen también supuestos en que para poder apreciar el error de prohibición, se argumenta que se ha efectuado el abono del Impuesto Sobre Construcciones, Instalaciones y Obras al propio Ayuntamiento al momento de solicitar la licencia municipal. En nuestra opinión creemos errónea esa creencia, dado que el cobro del ICIO, no otorga derecho alguno al solicitante de la licencia de obras, no suponiendo una remoción de límites

---

<sup>474</sup> SAP de Valencia de 6 de mayo de 1999, declara que cuando se habla de la construcción de un chalet integrado en un conjunto que conforma o configura una urbanización de hecho ilegal; no se trata de un chalet independiente enclavado en suelo rústico, sino que forma un conjunto con el resto hasta el punto de que existe una asociación de propietarios cuyo número incluye unos treinta; hecho no desconocido por el Ayuntamiento consiente de dicha urbanización ilegal de hecho, sin que haya adoptado medidas algunas conducentes a cambiar tal estado de cosas o a deshacer dicha situación al no llevar a cabo medidas al respecto consintiéndolas implícitamente por lo que debe presumirse que en un futuro deberá darle alguna solución.

en el propio ejercicio del peticionario. El pago de este impuesto, está considerado como un acto administrativo recaudatorio, pudiéndose posteriormente denegar la licencia solicitada por su incompatibilidad con el uso urbanístico del terreno donde se pretende ejecutar las obras. Sobre estos supuestos se han pronunciados algunos tribunales<sup>475</sup> que consideran a lo sumo, que aunque no se excluye la tipicidad ni la antijuricidad, si se puede rebajar la pena en uno o dos grados de conformidad con lo establecido en el art. 14.3 del CP.

Para LASO MARTINEZ<sup>476</sup>, no cabría admitir la concurrencia del error cuando se constate la existencia de actos de notificación personal, de requerimiento individual, de participación personal en los actos de formación de planeamiento urbanístico o en los actos de individualización de los bienes demaniales o de la declaración de los espacios protegidos.

## X. LA CONSUMACIÓN

### 1. Concepto de consumación

La consumación delictiva se debe de entender en su acepción académica como ejecutar hasta su conclusión alguna cosa, o en otras palabras, como la conjunción de todos los requisitos que configuran el tipo delictivo de que se trate, o sea, que radica en la ejecución cabal de todos los elementos subjetivos y objetivos que integran los diversos delitos previsto en la parte especial del Libro II del Código Penal.<sup>477</sup> La consumación

---

<sup>475</sup> SAP de Cádiz núm. 7/2004 de 21 de enero.

<sup>476</sup> LASO MARTINEZ, J.L., “Urbanismo y Medio Ambiente”, op. cit., pág. 37.

<sup>477</sup> Vid. AMADEO GADEA, Sergio, “Código penal. Parte general”, op. cit, pág. 96.

criminal está regulada en nuestro derecho positivo en el artículo 15.1 de Código Penal, al disponer que *es punible el delito consumado*. La consumación del delito se produce cuando el sujeto activo procede a dar cumplimiento y perfecciona la conducta delictiva<sup>478</sup>.

La consumación está considerada como la ejecución de alguna cosa hasta su conclusión, o la ejecución cabal de todos los elementos subjetivos y objetivos que integran los diversos delitos previstos en el Código penal<sup>479</sup>. Para MOLINA FERNÁNDEZ<sup>480</sup>, en sentido formal, la consumación se produce cuando están presentes todos los elementos de un tipo delictivo, mientras que en sentido material, se corresponde sólo con la última fase del *iter criminis*, que coincide con la lesión del bien jurídico protegido del tipo. La consumación material es en ocasiones denominada terminación o agotamiento.

En determinados delitos, la consumación se perfecciona con el mero peligro para el bien jurídico protegido. En otros supuestos no requiere la plena efectividad<sup>481</sup> de todos los elementos, pues la consumación se produce de manera anticipada. La consumación absorbe todas las formas de comisión imperfecta que le precedieron.

---

<sup>478</sup> Para la Real Academia de la Lengua Española, consumación significa extinción, acabamiento total.

<sup>479</sup> STS de 2 de junio de 1924.

<sup>480</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “*Memento Práctico Penal 2011*”, op. cit., pág. 291.

<sup>481</sup> Vid. LÓPEZ LAGO, Olga, “*Los delitos urbanístico. Breve referencia a los delitos contra el medio ambiente y el Patrimonio Histórico*”, La Ley 5993/2007, esta doctrina forma parte del libro “*Derecho Urbanístico de Andalucía*”, edición núm. 2, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid 2006: En referencia a la acción delictiva del artículo 319 CP, son delitos de los llamados de mera actividad, para su consumación no es necesario que exista un resultado concreto, de ahí la dificultad para apreciar en el *iter criminis* estadios distintos a la consumación y perfeccionamiento del delito; las posibles tentativas se van a quedar, en su casi totalidad, en actos preparatorios impunes.



Para un sector de la doctrina científica<sup>482</sup>, la consumación presupone la realización de todos los elementos del delito<sup>483</sup>. La fijación del momento consumativo de un delito es relevante para la determinación del momento hasta el que es posible el desistimiento voluntario, por lo que toda reparación del daño ulterior a la consumación sólo puede conducir a una atenuación de la pena (art. 25.5 CP); hasta el momento de la consumación cabe la participación punible de un tercero en el hecho del autor principal; y en el mismo instante de la consumación constituye el *dies aquo* para el computo de la prescripción del delito en Derecho Penal.

## 2. La consumación en los delitos del art. 319 del CP

Una vez analizados en epígrafes precedentes tanto la acción típica objetiva como el tipo subjetivo en los delitos del art. 319 del Código Penal, con el fin de determinar la criminalidad penal de los sujetos activos, lo siguiente será la concreción de cuando se produce la consumación en estos ilícitos penales. La doctrina penal mayoritaria mantiene que la consumación aparece cuando han sido satisfechos todos los requisitos que exige el tipo penal, o se han producidos todos los elementos del tipo objetivo y subjetivo de la figura delictiva concreta, considerándose que cuando el autor realiza la conducta delictiva de llevar a cabo la

---

<sup>482</sup>Vid. CALDERÓN CEREZO, Ángel/CHOCLÁN MOTALVO, José Antonio, “Código Penal comentado”, op.cit., pág. 31.

<sup>483</sup> Vid. RODRIGUEZ DEVESA, José María/ SERRANO GÓMEZ, Alfonso, “Derecho penal español, parte general”, op.cit., pág. 785. Para que haya tentativa, en sentido amplio, es preciso que el delito no se haya consumado. La consumación se produce cuando se ha realizado íntegramente la conducta tipificada por la ley. Son determinantes las características legales. La producción del resultado, si es un delito material; el incumplimiento del deber de actuar, si es de omisión propia. Si es precisa una condición objetiva de penalidad, el delito no se consuma hasta que la condición se verifica. El concepto de la consumación es de índole formal

urbanización, construcción, o edificación, se produce la consumación<sup>484</sup> del delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, momento en el cual se lesiona el bien jurídico protegido suelo. En este sentido señala BOLDOVA PASAMAR<sup>485</sup>, que la afección de la construcción a la ordenación del territorio se produce desde el momento en que lo construido adquiere carácter permanente, y eso tiene lugar en la mayoría de los casos desde un principio, al fijar los cimientos o solera de hormigón desde la que se levantará un edificio o una instalación.

Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo son llamados *delitos de mera actividad*<sup>486</sup>, porque la consumación<sup>487</sup> delictiva

---

<sup>484</sup>Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op. cit, pág. 1074: Atendiendo a la configuración de la acción típica mediante el verbo “*llevar a cabo*”, necesariamente el *inicio* de la consumación de estos delitos, debe ubicarse cuando se realiza la totalidad de los elementos de los tipos de injusto previstos en el art. 319 C.P.. Es decir, en el preciso momento en que concurriendo todos los elementos típicos se dé comienzo a las actividades de construcción o edificación en los suelos previstos en el art. 319 C.P., y además, se produzca una lesión de entidad relevante para el bien jurídico ordenación del territorio.

<sup>485</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 120.

<sup>486</sup> Vid. LÓPEZ LAGO, Olga, “*Los delitos urbanístico. Breve referencia a los delitos contra el medio ambiente y el Patrimonio Histórico*”, La Ley 5993/2007, esta doctrina forma parte del libro “*Derecho Urbanístico de Andalucía*”, edición núm. 2, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid 2006: En todo caso son delitos de los llamados de mera actividad, para su consumación no es necesario que exista un resultado concreto, de ahí la dificultad para apreciar en el *iter criminis* estadios distintos a la consumación y perfeccionamiento del delito; las posibles tentativas se van a quedar, en su casi totalidad, en actos preparatorios impunes. Son delitos que se castigan en su forma dolosa, el legislador ha querido excluir expresamente las conductas imprudentes, que carecerán de trascendencia penal, pero no se pueden perder de vista los posibles errores ni la posible ignorancia, sobre todo para los que no son técnicos, y la relevancia que en la parte general del Derecho Penal tienen estas dos situaciones. Por su parte MONTORO ORTEGA, Rodrigo, “*Los delitos contra la ordenación del territorio en el Código Penal*”, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-326, tomo 6, Editorial LA LEY: El art. 319, en sus dos primeros apartados, viene a configurar delitos de mera actividad, cuya realización no exige un resultado, examinados desde la perspectiva del modo de comportamiento. Además, son delitos puramente formales, esto es, exigen para su consumación que se vulnere la normativa administrativa reguladora en materia de urbanismo, y ello en base a la «no autorización» de la construcción en el apartado primero, o el carácter «no autorizable» de la edificación, en el apartado segundo, que implica una infracción de tal normativa.

<sup>487</sup>Vid. LÓPEZ LAGO, Olga, “*Ordenación del territorio y medio ambiente, en el Código Penal de 1995*”, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 5, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Mar. 1998, Ref. 665/1998, pág. 665, tomo 1, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: El art. 319 del CP contempla delitos de los llamados de mera actividad, no es necesaria para su consumación, que exista un peligro o resultado concreto, de ahí la dificultad para apreciar en el --

no es instantánea<sup>488</sup>, no siendo necesario que para la consumación del delito de urbanización, construcción, o edificación, haya finalizado su ejecución<sup>489</sup>, apreciándose la institución de la consumación cuando se constate el inicio de las obras sin tener en cuenta la fase en que se encuentre<sup>490</sup>. Para MARTOS NÚÑEZ<sup>491</sup>, la consumación del delito no exige la producción de un resultado lesivo, ni la creación de una situación concreta de peligrosidad.

Siguiendo a DÍAZ MANZANERA<sup>492</sup>, en la consumación de los delitos del 319 del CP, existen jurisprudencias contradictorias, pudiéndose dar hasta tres posibilidades: 1ª) Se consuma el delito cuando hayan finalizado las obras; 2ª) Se consuma el delito en el momento en que

---

*iter criminis*-- estadios distintos a la consumación y perfeccionamiento del delito, las posibles tentativas se van a quedar en la casi totalidad de las ocasiones en actos preparatorios impunes.

<sup>488</sup> Vid. FAMILIAR SÁNCHEZ, Arturo, “*Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 21, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Nov. 2005, Ref. 3505/2005, pág. 3505, tomo 3, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: No es un delito de los llamados instantáneos, sino de los permanentes o de tracto continuado o continuo, de tal suerte que no tiene un concreto momento consumativo, ocurrido el cual el delito cesa, sino un periodo de consumación, que se extiende durante todo el tiempo en que continúen realizándose los actos constitutivos del delito, ya que iniciada la obra ilegal, el delito ya queda consumado; pero la continuidad en la ejecución de la obra o no pertenece a la fase posterior a la consumación o de agotamiento del delito, sino que sigue perteneciendo a la fase consumativa del mismo, por seguirse realizando los elementos constitutivos del tipo penal. En los delitos permanentes, la situación antijurídica se mantiene por voluntad del actor; tanto la doctrina, como la jurisprudencia (STS 23 de julio de 1984, 24 noviembre 1987 y 20 enero de 1986) coinciden en afirmar la realización de los elementos constitutivos del delito que se prolongan en tanto dura aquella situación y que termina con la cesación de la permanencia.

<sup>489</sup> Vid. Artículo 14.2 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

<sup>490</sup> Vid. BARRIENTOS PACHO, Jesús María, “*Delitos relativos a la ordenación del territorio*”, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, ref. D-351, Tomo 6, Editorial LA LEY.

<sup>491</sup> MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “*Lecciones de Derecho Penal. Parte especial tomo I*”, op. cit., pág. 308. En igual sentido, SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SERRANO MAÍLLO, Alfonso, “*Derecho penal. Parte especial*”, op. cit., pág. 636.

<sup>492</sup> DIAZ MANZANERA, José Luís, “*El delito urbanístico en la jurisprudencia reciente*”, La Ley Penal, núm. 50, junio 2008, Editorial LA LEY.

comienzan las obras<sup>493</sup>; y 3º) La consumación se produce desde que comienzan las obras hasta su finalización. Sin embargo para SÁNCHEZ ROBERT<sup>494</sup>, estos delitos son de resultado, desde el punto de vista de su estructura típica, lo que no significa que en atención a la afección al bien jurídico protegido, se trate de delitos de consumación instantánea. Por el contrario, y atendiendo a las conductas típicas, se entiende que la consumación se produce tras una acción continuada de urbanizar, construir o edificar, que se sostiene en el tiempo perdurando así la afección al bien jurídico protegido de forma permanente.

Estos tipos de delitos son de naturaleza permanente<sup>495</sup> porque se empiezan y terminan de consumir<sup>496</sup> desde que el sujeto activo da comienzo a los actos materiales de urbanización, construcción y edificación hasta que se finalizan<sup>497</sup> las propias obras, pues como bien apunta ACALE

---

<sup>493</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit. pág. 257: El delito urbanístico se consuma cuando el autor empieza a llevar a cabo la obra no autorizable, terminándose hacerlo, como infracción continuada o permanente, cuando se realicen los últimos retoques o actos incluíbles dentro del concepto de construcción, edificación o urbanización que, en caso de duda, deberá ser delimitada jurisprudencialmente atendiendo a los medios probatorios.

<sup>494</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág.260.

<sup>495</sup> Dispone el artículo 84 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que el plazo de prescripción de las infracciones urbanísticas comenzará a computarse desde el día en que la infracción se haya cometido o, en su caso, desde aquél en que hubiera podido incoarse el procedimiento. A este último efecto, se entenderá posible la incoación del procedimiento sancionador desde el momento de la aparición de signos externos que permitan conocer los hechos constitutivos de la infracción, y nunca antes de la completa terminación de los actos.

<sup>496</sup>Vid SERRANO GÓMEZ, Alfonso /SERRANO MAÍLLO, Alfonso/SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, “*Curso de derecho penal. Parte especial*”, op. cit., pág. 452.

<sup>497</sup>Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “*Comentario al Código Penal Español*”, Editorial Thomson Aranzadi, 6ª edición, Pamplona, 2011, pág. 610. Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo tras la reforma operada por la LO 5/2010, se consideran sin embargo, de naturaleza continuada, dado que empiezan y terminan de consumir desde que el autor inicia los actos materiales de construcción hasta que los finaliza.

SÁNCHEZ<sup>498</sup>, *adelantar el momento consumativo como hacen algunos que afirman que los de mera actividad son de consumación instantánea supondría privilegiar al autor que puede ver prescrito el delito antes incluso de acabar la construcción, sobre todo si se tiene en cuenta el tiempo que dura la acción de construir, porque retrasar ese momento de la consumación a aquél en el que se concluyen las obras, supondría considerar mera tentativa actos que suponen ya lesión del bien jurídico y no mera puesta en peligro del mismo.*

En estas figuras delictivas es difícil determinar el momento preciso de la finalización de las actividades de urbanización, construcción, o edificación, a los efectos de la consumación del delito. La doctrina se encuentra dividida<sup>499</sup>, hay quien considera la consumación en el momento que se certifica el final de obra o la suscripción del acta de recepción, para otros, es el momento del cese de la actividad constructiva con independencia de la fase en que se encuentren las obras. Para BOLDOVA PASAMAR<sup>500</sup> es el cese de la actividad, no la que realmente tenga lugar sobre el terreno o la construcción (recogiendo material, adecentando los espacios, preparando su presentación, etc.), sino la que sea de naturaleza constructiva o edificatoria (por ejemplo poner las puertas es aun llevar a cabo la edificación, limpiarla o no), y a partir de la cual el objeto

---

<sup>498</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit. pág. 256.

<sup>499</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit. pág. 274: Conviene precisar el momento en el que puede darse por concluida la conducta criminal (esto es, la terminación de la consumación del delito), pues en ese momento comenzaran a computarse los plazos para la prescripción de los delitos urbanísticos. No es éste el momento en que se haya terminado la construcción, y no sólo porque no sea un requisito de la realización típica, sino porque dicha terminación podría no producirse y, sin embargo, haber prescrito el delito.

<sup>500</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*idem*”, op. cit. pág. 274.

construido o edificado sirve o puede servir a la finalidad para la que se ha llevado a cabo.<sup>501</sup>

Los delitos del art. 319, tienen el carácter de no ser instantáneos, sino que la acción delictiva sobre la ordenación del territorio y el urbanismo se prolonga en el tiempo, de ahí que pueden denominarse como delitos permanentes o de *tracto continuo*<sup>502</sup> que dan comienzo cuando se inician las obras de urbanización, construcción, o edificación no autorizables y se prolongan mientras dura la actuación típica y terminan cuando cesan los actos de la actividad constructora, o dicho de otra manera, son delitos permanentes porque para que se produzca la consumación<sup>503</sup>, es necesario que el autor de la conducta realice todos los elementos del tipo delictivo, así como una mínima extensión temporal de la acción.

---

<sup>501</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op.cit., pág. 1074 y ss.

<sup>502</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op. cit, pág. 1075: La consumación de los delitos del art. 319 C.P. presenta como característica principal, el no ser instantánea sino prolongada en el tiempo, de modo que es posible distinguir un inicio y un fin o terminación. Atendiendo a este rasgo, puede decirse que aquéllos son delitos *permanentes o de “tracto continuo”* en tanto que cabe advertir la existencia de un *periodo consumativo*, que comienza cuando se da inicio a la ejecución de los actos de construcción no autorizada o edificio no autorizable sobre los suelos y lugares previstos respectivamente en los apartados 1º y 2º del art. 319 C.P., se prolonga mientras dura esta actividad antijurídica y finaliza con la cesación de los actos constructivos edificatorios.

<sup>503</sup> Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “*Delitos sobre la ordenación del territorio*”, op. cit., pág. 539. En estos tipos de delitos la consumación se produce cuando la construcción ha concluido, o cuando ha finalizado aquella parte de la construcción que afecta a la ordenación del territorio.

### 3. Doctrina jurisprudencial sobre la consumación en los delitos del art. 319 del CP

La concreción del momento de la consumación de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, es de vital importancia, pues a partir de ahí se puede saber cuándo se entiende perfeccionada la conducta punitiva. Sobre este respecto se encuentra dividida la jurisprudencia, existiendo unanimidad al considerar consumado un delito *cuando se lleve a cabo una urbanización, construcción, o edificación*, pero existen discrepancias a la hora de interpretar *cuando se llevan a cabo*. A continuación, se hará mención a algunas resoluciones judiciales donde se puede advertir que no existe unanimidad a la hora de la concreción de cuando se entiende consumado el delito del art. 319 del Código Penal:

- Para el Tribunal Supremo<sup>504</sup>, el tipo delictivo se consuma con la creación del riesgo que se especifica en el precepto, sin necesidad de la efectiva realización del mismo, pues se trata de un delito de peligro concreto que no precisa para su consumación la producción de un perjuicio determinado y específico. La consumación del tipo delictivo que examinamos requiere la concurrencia de los distintos elementos que lo conforman: la ejecución de alguna de las acciones que se describen, que, además de contravenir las leyes u otras disposiciones generales protectoras del medio ambiente, se proyecten sobre el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, siempre que la acción efectuada por el agente pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

---

<sup>504</sup> STS (Sala Segunda, de lo Penal), Sentencia de 29 noviembre de 2006, recurso. 796/2006.

- Para la AP de Cádiz. Consideramos la doctrina más aceptada de este delito como de simple actividad y no de resultado, de forma que no es necesaria la finalización de la obra para su consumación, además de delito permanente, de suerte que no tiene un concreto momento consumativo, ocurrido el cual, el delito cesa, sino un periodo de consumación que se extiende durante todo el tiempo que continúen realizándose los actos constitutivos del delito. De forma que, iniciada la obra, el delito queda consumado, pero la continuidad en la ejecución de la obra pertenece, no a la fase posterior de agotamiento del delito, sino que sigue integrando la fase consumativa pues la situación antijurídica se mantiene por voluntad del autor hasta cuya cesación el delito es actual<sup>505</sup>.
- Para la AP de Almería<sup>506</sup>. Los delitos previstos en el art. 319, constituyen infracciones de mera actividad, de modo que en este tipo de delitos basta llevar a inicio la obra, construcción o edificación, sin necesidad de que esté acabada para que el delito se cometa, sin necesidad de la producción de un resultado lesivo. En consecuencia, para la consumación del delito no se precisa la producción de un resultado lesivo adicional, ni siquiera la producción de una situación concreta de peligrosidad, si no que se agota en el carácter no autorizable de la edificación; estamos ante un delito puramente formal, cuya consumación solo precisa que se infrinja la normativa administrativa reguladora de esta materia.

---

<sup>505</sup> SAP de Cádiz, Sección 1ª, Sentencia de 19 de mayo 2009, recurso 92/2009.

<sup>506</sup> SAP de Almería, Sección 2ª, Sentencia de 16 diciembre de 2009, recurso 240/2009.



- Para la AP de Barcelona<sup>507</sup>. La realización del tipo exige llevar a cabo una construcción o edificación, no bastando con el mero mantenimiento de la situación antijurídica generada con la propia construcción o edificación, de modo que la consumación del delito se producirá cuando concluya el conjunto de las obras que forman la construcción o edificación ilícitas, o su ejecución se interrumpa durante un periodo prolongado.
- Para la AP de Palencia.<sup>508</sup>, el delito que nos ocupa no es de los llamados instantáneos, sino de los permanentes o de tracto continuo, de tal suerte que no tiene un concreto momento consumativo, ocurrido el cual el delito cesa, sino un período de consumación que se extiende durante todo el tiempo en que continúen realizándose los actos constitutivos del delito, ya que, iniciada la obra ilegal, el delito queda ya consumado, pero la continuidad en la ejecución de la obra no pertenece a la fase posterior a la consumación o de agotamiento del delito. En los delitos permanentes en que la situación antijurídica se mantiene por voluntad del actor, tanto la doctrina como la Jurisprudencia, coinciden en afirmar la existencia de un período consumativo que se inicia con la realización de los elementos constitutivos del delito, que se prolonga en tanto dura aquella situación, y que termina con la cesación de la permanencia, hasta cuyo momento el delito es actual.

---

<sup>507</sup> SAP de Barcelona (Sección 5ª), Sentencia núm. 342/2011 de 16 de febrero.

<sup>508</sup> AP de Palencia (Sección Única), Sentencia de 17 de marzo de 1998.

- Para la AP de Jaén<sup>509</sup>, la interpretación de esa expresión se ha hecho en el sentido de determinar si, el dies a quo o fecha de inicio del cómputo, en los supuestos de delitos que se perfeccionan *ex intervallo temporis*, debe fijarse en el momento en que la acción se ejecuta o se omite el acto que el agente estaba obligado a realizar, o bien en el momento en que se perfecciona el delito a través de la producción del resultado. Pues bien, ha de ratificarse la doctrina de esta Sala que, como regla general, se inclina por el criterio del resultado, pues en los delitos de resultado éste constituye un elemento del tipo, sin el cual la infracción penal no se perfecciona. Cuando se trata de delito continuado el cómputo de ese plazo no se inicia hasta la realización del último acto integrante de esa pluralidad, es decir, cuando se ejecuta el último eslabón de la condena delictiva.

## **XI. LA TENTATIVA**

### **1. Concepto**

Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo, existe tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y, sin embargo, éste no se produce por causa independientes de la voluntad del autor;<sup>510</sup> es decir, cuando el sujeto tiene el objetivo de cometer un delito dando comienzo a su ejecución por medios apropiados y no realiza todo lo que es necesario para la consumación del

---

<sup>509</sup> SAP de Jaén (Sección 3ª), Sentencia núm. 56/2007 de 9 marzo.

<sup>510</sup> SSTs 20 de diciembre de 1996, 8 de abril de 1996 y 3 de febrero de 1999.

mismo<sup>511</sup>. En este sentido también se manifiesta MOLINA FERNÁNDEZ<sup>512</sup>, al considerar que la tentativa es ya ejecución del delito, pero que no llega a concretarse en un resultado lesivo por causas independiente de la voluntad del autor.

Son requisitos para que podamos hablar de tentativa los siguientes:

- a) Que exista una decisión del sujeto activo de cometer el delito, es decir, que el dolo esté dirigido a la producción del supuesto de hecho típico. Además hay que precisar que el tipo subjetivo del delito intentado es idéntico al tipo subjetivo del delito consumado, o mejor, debe de abarcar la totalidad de los elementos objetivos del tipo, incluidas las cualificaciones de los tipos cualificados y, en su caso, los especiales elementos de la autoría del delito.
- b) También es indispensable la transformación de la decisión en una acción que no sólo sea preparatoria, sino que constituya un comienzo de la ejecución propia del delito. La institución jurídica de la tentativa existe cuando el sujeto activo del delito da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, es decir la tentativa requiere el comienzo de la ejecución, y sólo a partir de ese preciso momento podemos decir

---

<sup>511</sup> Vid. RODRIGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, “Derecho penal español, parte general”, op. cit, pág. 782: El concepto de la tentativa, desconocido por el derecho romano y el germánico, es fruto de la ciencia italiana medieval. Parece ser que el primero que plantea en general el tema de las relaciones entre el elemento interno y el externo es ODOFREDO, que reduce a cinco las posibilidades: “*Aut aliquis cogital delinquere, et agit, et perficit; aut cogitat, et agit, non perficit ;ut nec cogitat, nec agit, nec perficit; aut agit, et perficit, set non cogitat; aut nec cogital, nec agit, nec perficit*”. El esquema sirve de base para la discusión ulterior sobre la teoría de la tentativa. Falta la tentativa si no hay dolo; también cuando el elemento interno y el externo coinciden. La *nuda cogitatio* queda, como sabemos, excluida; resta, por tanto, la segunda hipótesis: pensó, actuó, no perfeccionó.

<sup>512</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “Memento Práctico Penal 2011”, op. cit., pág. 280.

que hay lesión de la norma penal, pues antes de esa lesión se estará a los actos preparatorios del ilícito penal.

- c) Para que la tentativa sea punible, debe de haber un mínimo de peligrosidad, es decir no puede fundamentarse en criterios objetivos y subjetivos puros, sino que se impone una tesis ecléctica<sup>513</sup>. Lo esencial es que la tentativa exprese una voluntad del autor hostil al derecho, y además, en cuanto la acción debe mostrarse como peligrosa en una perspectiva ex ante, cabe fundamentar la tentativa también objetivamente en la concurrencia de un peligro, al menos abstracto, para el bien jurídico.

La peligrosidad de la acción es el mínimo requerido para la punibilidad de la tentativa y así debe ser entendida la exigencia contenida en el artículo 16 del Código Penal, de que los actos ejecutados objetivamente deberían producir resultado.

## **2. La tentativa en el Código Penal de 1995**

La institución jurídica de la tentativa se regula en el art. 16 del Código Penal, al señalar que existe tentativa cuando el sujeto da comienzo a la ejecución del delito por hechos exteriores, practicando parte o todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado, pero no se produce por causas ajenas a la voluntad del autor<sup>514</sup>. En nuestro Código Penal y a

---

<sup>513</sup> Vid. CALDERÓN CERESO, Ángel/CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, “Código Penal comentado, editorial” op. cit., pág. 16.

<sup>514</sup> Código Penal comentado, Editorial Colex, Madrid, 2010, pág.48. En la fase externa del delito, los actos de ejecución se inician con vocación de éxito, que, de alcanzarse, da lugar a la ejecución, en tanto la no

tenor de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 16, se puede diferenciar entre tentativa acabada e inacabada. La primera, que vendría a identificarse con la antigua frustración, tiene lugar cuando se practican todos los actos que producirían el resultado, pero este no se produce<sup>515</sup>. En la segunda, el sujeto sólo practica una parte de los actos que deberían producir el resultado.

La tentativa de delito tiene dos elementos, el dolo y el principio de ejecución del delito. Además, para que la tentativa sea punible<sup>516</sup>, es preciso que el resultado no se produzca por causas independientes de la voluntad del autor. Para que exista tentativa es necesario que el autor realice una conducta típicamente dolosa<sup>517</sup>, es decir, con conciencia y voluntad de producir el resultado típico. Por ello, la tentativa solo es posible en los delitos dolosos y es imposible construirla en los imprudentes. La falta de resultado en éstos solo da lugar a un delito imprudente, pero no a una tentativa. Algunos delitos imprudentes incompletos pueden castigarse en delitos de peligros concretos y abstractos.

El elemento del principio de ejecución del delito se exige expresamente en el art. 16.1 del Código Penal, y el problema que plantea es

---

producción del resultado puede producirse, de una parte, por una interrupción involuntaria o una ejecución completa sin éxito involuntario.

<sup>515</sup> Vid. GIL GIL, Alicia, *“Curso de Derecho Penal. Parte General. Iter criminis”*, op. cit., pág. 327. En la tentativa acabada el sujeto ha realizado todos los actos que según su plan deberían dar lugar a la producción del resultado, pero éste no se produce por causas ajenas a su voluntad.

<sup>516</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *“El Derecho Penal español. Parte General, volumen II, teoría del delito (2)”*, Editorial Dykinson, Madrid 2009, pág. 77. Lo que cae dentro del concepto de tentativa es punible en nuestro derecho.

<sup>517</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *“Derecho Penal. Parte General”*, op. cit. pág. 275. Del fundamento de la punición de la tentativa y de la redacción del art. 16 se deriva que no cabe la tentativa por imprudencia, ya que en estos casos no se manifiesta la voluntad de cometer el delito.

la delimitación entre la ejecución y la preparación de un delito, es decir, diferencia entre actos ejecutivos y preparatorios.

Según el art. 16.1, la tentativa exige dolo y principio de ejecución del delito; pero a tenor de la regulación que establece el art. 16.2 así como lo dispuesto en el art. 16.3, cuando en el hecho delictivo intervengan varios sujetos, la punibilidad de la tentativa se subordina a que el resultado no se haya producido por causas independientes de la voluntad del autor. El art. 16.2 exime de responsabilidad por el delito intentado a quien evite voluntariamente la consumación del delito. Para evitarlo el legislador alude a la tentativa acabada o inacabada, en esta, es suficiente que el sujeto que adopte un comportamiento pasivo, es decir, desista de seguir actuando, y en la tentativa acabada, la exención de responsabilidad requiere que el sujeto adopte un comportamiento activo, pues debe de realizar actos que neutralicen los ya ejecutados que producirían el resultado.

La tentativa representa la única forma imperfecta de ejecución del delito, dado que la ejecución representa el elemento esencial del *iter criminis*, que se caracteriza por la no producción del resultado típico, porque hay un intento que fracasa, o bien porque no se ha completado la ejecución, o bien porque, completada ésta, el resultado delictivo no se ha producido<sup>518</sup>.

También podemos hablar de tentativa inidónea, cuando de antemano resulta imposible la consumación del delito. Tradicionalmente se distingue

---

<sup>518</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S. “*Derecho Penal. Parte General*”, op.cit., pág. 654.

entre una tentativa por idoneidad del medio o del objeto, como puede ser si intentamos el aborto a una mujer que no está embarazada.

En la doctrina, se han elaborado diferentes teorías conforme a los cuales la tentativa inidónea será punible en unos o en todos los casos, destacando para nosotros fundamentalmente la teoría objetiva, subjetiva y mixta.

Para la teoría objetiva, el castigo de la tentativa inidónea dependerá del peligro de la acción delictiva. Algunos se bastan con el peligro abstracto y otros autores con el peligro concreto.

Las teorías del peligro abstracto distinguen entre una tentativa absolutamente inidónea, que no puede ser punible, y otra relativamente inidónea que debe ser punible. La primera tiene lugar cuando el medio utilizado no puede producir el resultado o cuando no existe el objeto material del delito. La crítica parte, desde una perspectiva *ex post*, es decir, tiene en cuenta lo sucedido con los datos obtenidos una vez ejecutada la acción.

Para las teorías del principio concreto, sólo deben castigarse aquellas tentativas de delitos que, desde una perspectiva exacta, sean peligrosas para los bienes jurídicos. Alguna derivación de esas teorías exige también la creación de peligro concreto para los bienes jurídicos. Para estas teorías debe castigarse sólo la tentativa idónea porque es peligrosa. De tal modo que las inidóneas en los que no exista peligrosidad *ex ante* deben quedar impunes.

La teoría subjetiva considera que toda tentativa inidónea debe castigarse porque ya es reprochable que un sujeto haya tomado una resolución delictiva y la esté poniendo en práctica. Para determinar si la

tentativa resulta punible ha de atenderse al plan del autor, es decir, ha de comprobarse que resolvió delinquir y que los actos que estaba ejecutando responden a la puesta en marcha de esa resolución delictiva. Así se consigue que el derecho alcance un mayor nivel de protección de los bienes jurídicos, prohibiendo siempre poner en marcha resoluciones delictivas.

Estas teorías se acogieron en el Código Penal como el alemán y el suizo, pero se enfrentaron a un gran *hándicap*. Conforme a estas teorías, resultaría también punible la tentativa irreal o supersticiosa, en la que el plan delictivo está totalmente desconectado de la realidad porque los cursos causales elegidos responden a la ignorancia o superstición, y que más que al castigo de esos actos, mueven a la compasión.

Para la teoría mixta, dentro de las que se encuentra la teoría de la impresión, parte también de la premisa de las segundas teorías, y es que deben castigarse todas las resoluciones delictivas puestas en marcha por actos exteriores. Pero para superar la crítica de las segundas teorías en los supuestos de tentativa irreal o superstición, estipulan que no serán punibles aquellas tentativas que no generen alarma social, porque si las acciones dirigidas a la lesión de un bien jurídico no impresionan a la comunidad será porque se siente segura y no necesita reprochar penalmente ese comportamiento.

En el Código Penal de 1983 y hasta 1995, el art. 52 castigaba también el denominado delito imposible o tentativa no idónea.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo castigaba tanto la tentativa relativamente inidónea como la absoluta. La doctrina mayoritaria estimaba sólo punible la relativa. En nuestro Código Penal de 1995 no hay un precepto semejante al art. 52, pero el art. 16.1 define a la tentativa como la



práctica de todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado. Así pues, la tentativa en nuestro Derecho no puede castigarse con criterios subjetivos, sino mediante una teoría objetiva. Además el criterio objetivo que se utilice debe emplearse *ex ante*, porque el Código Penal alude a que objetivamente se castiga la tentativa pero se rebajará la pena en 1 o 2 grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, imponiéndole en la extensión adecuada atendiendo al peligro (al intento) inherente y al grado de ejecución alcanzado.

Luego, el art. 62 señala que la peligrosidad es inherente a la tentativa, de ahí que la mayoría de la doctrina considera que nuestro Código Penal acoge para el castigo de la tentativa una teoría objetiva de peligro concreto, no diferenciando entre tentativa idónea o inidónea, sino declarando punible sólo la tentativa peligrosa, y dejando impune la no peligrosa. Así pues, conforme al Código penal, serán punibles las tentativas en los que desde una perspectiva *ex ante* puedan considerarse que sean peligrosas para los bienes jurídicos. No es necesaria la existencia de un peligro concreto, sino sólo la peligrosidad.

### **3. La Tentativa en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo**

Antes de la consumación del delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, se pueden producir *actos preparatorios* que en nuestra opinión serán impunes en referencia a los delitos del art. 319; una muestra de estos actos la podemos encontrar en la conspiración, la proposición y la

provocación, llamada por algún autor<sup>519</sup> *incriminación cerrada*. Solamente se podrá imputar responsabilidad penal a la conspiración en estos tipos de delitos, cuando los sujetos activos llegan a un acuerdo de voluntades para ejecutar la conducta delictiva y además realizan los actos típicos.

Para GORRIZ ROYO<sup>520</sup> la conspiración será punible para los sujetos activos cuando, con posterioridad al acuerdo subjetivo, se ejecute efectivamente la conducta típica, ya sea por todos ellos, por uno de ellos en nombre de todos, o por terceros, pero siempre que las contribuciones de cada uno de los intervinientes integren como un todo, la acción típica.

Con posterioridad a los *actos preparatorios* puede aparecer la ejecución imperfecta de estos tipos delictivos, como puede ser la institución de la *tentativa*<sup>521</sup>.

Referente a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la doctrina entiende que existen formas imperfectas<sup>522</sup> de

---

<sup>519</sup> Vid. SILVA SANCHEZ, José María, “La regulación del íter críminis (arts. 16-18) en El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales”, Editorial. Bosch, 1997, pág. 151.

<sup>520</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “Protección penal de la ordenación del territorio”, op. cit. pág. 1077.

<sup>521</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “*ídem*”. En principio, con respecto a estos delitos, únicamente cabe admitir la *tentativa inacabada* (art. 16.1 CP) puesto que son delitos de mera actividad susceptibles de ejecutarse en actos sucesivos. Sin embargo se excluiría la *tentativa acabada o frustración*, porque si se entiende que los delitos del art. 319 CP son de mera actividad, basta realizar los típicos previstos en este precepto penal para verificar la consumación.

<sup>522</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit, pág. 257: Si se considera que los delitos de construcción, edificación y de urbanización no autorizables empiezan a consumarse desde el momento en que se realizan los primeros actos de construcción, urbanización o edificación material, la posibilidad de apreciar formas imperfectas de ejecución habrá de referirse a un momento anterior a la realización de dichos actos de construcción, que no obstante supongan ya inicio de la ejecución.

ejecución o tentativas<sup>523</sup> de estos ilícitos penales que se regulan en el artículo 16 de Código Penal:

1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes a la voluntad del autor.

2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

Señala GARCÍAS PLANAS<sup>524</sup>, que quien dé principio a la ejecución de la conducta típica y realice parte de los actos que objetivamente

---

<sup>523</sup> AP de A Coruña (Sección 1ª), Sentencia núm. 58/2001 de 15 marzo: Se alega en el recurso que el artículo 319 es un delito de resultado, por lo que solo se consumaría cuando la construcción hubiese concluido, y al no haberse realizado la obra en su totalidad el ilícito debería de reputarse de tentativa. Este motivo no puede prosperar por el elemento de hecho de que la vivienda estaba prácticamente concluida en sus elementos esenciales de techo y paredes.

<sup>524</sup> GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “*El artículo 319.1: Construcción no autorizada en espacios protegidos*” Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Colección urbanismo y medio ambiente, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998, pág. 45.

deberían producir el resultado, comete tentativa inacabada. Sin embargo, para ello, se requerirá que se dé principio a la ejecución de la obra destinada a construcción o edificación incluso en sus primeros momentos, tales como la realización de excavaciones previas a la cimentación; por el contrario, sería una conducta que quedaría fuera del ámbito de la tentativa, por no ser más que actos preparatorios, el acopio de materiales o maquinaria en el lugar de la futura construcción ilegal. Para otros autores la amplitud de la redacción típica “llevar a cabo obras” parece excluir la posibilidad de apreciar la tentativa, al menos desde el momento en que inician las obras, por cuanto que todos los actos ejecutivos consistentes en construir ya consumaría el tipo, pues desde el momento en que se inician las obras efectivas de urbanización, construcción o edificación se ha consumado el tipo, por lo que a partir de ese momento no puede alegarse desistimiento.<sup>525</sup>

Para GÓRRIZ ROYO,<sup>526</sup> existen cuatro etapas teóricas en la consecución de una construcción o edificación delictiva como las que están previstas en el Código Penal, que van desde el estadio previo a la realización de las actividades materiales sobre el terreno (el suelo), hasta la conclusión definitiva de las mismas y la puesta a disposición para su uso de la construcción o edificación efectuada. Una primera está constituida dentro de esa evolución teórica del *iter* del delito por el encargo del promotor al técnico-director de la elaboración del proyecto y al constructor

---

<sup>525</sup> Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier/ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli/VENTURA PÜSCHEL, Arturo, “Derecho Penal español. Parte especial (II)”, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 211, pág. 979. En el momento en que se inicien las obras de movimiento de tierras o excavaciones para preparar el terreno para la construcción de los cimientos o los viales ya se habría cumplido el tipo. No así si meramente se han instalado vallas metálicas u otros accesorios móviles o que no se encuentren fijados al suelo de forma permanente.

<sup>526</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena “Protección penal de la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 1072.

de la ejecución de las obras proyectadas; en ésta puede residenciarse el acuerdo previo entre codelincuentes, aunque también podría producirse con posterioridad, pero aquel acuerdo previo es sólo por el momento un acto preparatorio, impune dentro de la pluralidad de actos preparatorios que pueden ser concebidos para la consecución de una construcción o edificación ilegal penalmente punible. Una segunda fase del camino hacia el delito viene caracterizada por la solicitud de la licencia urbanística y la presentación ante la Administración del proyecto correspondiente. Ninguna de las dos etapas descritas resulta esencial para realizar el tipo, ni están acotadas por éste, ni siquiera de forma marginal. Lo normal será incluso que la segunda no tenga lugar. En cambio, es inexcusable la tercera etapa del *iter* constructivo consistente en la ejecución material de las obras (proyectadas, autorizadas o propuestas) y en la que puede fijarse, aún sin precisar, el momento tanto del inicio como de la consumación del delito, y por último la cuarta fase, completamente inessential respecto de la consumación del delito que más allá de la conclusión definitiva de la obra, se sitúa en el certificado de final de obra que lleva a cabo el técnico director con la colaboración del constructor para su posterior entrega al promotor, que la asume mediante la suscripción del acta de recepción de la obra.

Para LUÍS DOMÍNGUEZ/FARRÉ DÍAZ,<sup>527</sup> creen posible la tentativa mediante obras de acopio<sup>528</sup> de maquinarias y materiales de

---

<sup>527</sup> DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio/FARRÉ DÍAZ, Esteban, “*Los delitos relativos a la ordenación del territorio*”, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, pág. 79.

<sup>528</sup> Vid. PAREDES CASTAÑOÑ, José Manuel, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio*” Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 8/2000, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2000: Me parece, sin embargo, que, tanto por motivos formales (porque difícilmente puede hablarse de «llevar a cabo una construcción» cuando, por ejemplo, todavía se está haciendo acopio de herramientas para la obra) como materiales (porque en realidad no hay aún un peligro concreto para el bien jurídico: el mero acopio de herramientas, por sí mismo, nunca podría dar lugar a la lesión de la ordenación del territorio. Por su parte BARRIENTOS PACHO, Jesús María, “*Delitos relativos a la ordenación del territorio*”

construcción, así como con la preparación del terreno o el vallado, pero siempre que no pueda iniciar la construcción por causas independientes a la voluntad del autor, como puede ser fuerza mayor, siempre y cuando los hechos sean idóneos para producir el resultado.

Existe también tentativa inacabada, cuando se está excavando unos terrenos destinados a la edificación de una vivienda en terrenos no urbanizables y careciendo de licencia municipal.

Para ACALE SÁNCHEZ,<sup>529</sup> existe tentativa en la presentación de datos falsos o el ocultamiento de los mismos a la autoridad gubernativa competente en la concesión de la autorización, con la finalidad de obtener la licencia para construir o edificar, y también en la parcelación urbanística cuando el promotor, constructor, o técnico director, lo es de construcciones o edificaciones que en dichas parcelas se proyectan construir. La obtención dolosa de una licencia municipal indebida antes del comienzo de las operaciones de modificación del suelo es un supuesto de tentativa<sup>530</sup>.

---

Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-351, tomo 6, Editorial LA LEY:, opina que, aun cuando los tipos penales analizados se muestran como delito de alto contenido formal, pues basta que la obra se realice sin autorización en los suelos previstos o, no siendo susceptible de autorización, se realice en suelo no urbanizable, en su consumación se muestra como un delito de resultado, pues la misma únicamente se producirá en el momento en que se lleve a cabo la construcción o edificación que como actividad humana positiva se exige en los tipos penales. No obstante, para la consumación del delito no será preciso que la construcción o edificación haya finalizado, siendo suficiente para apreciar tal forma consumativa con la constatación del inicio de la obra, independientemente de la fase en que se encuentre. Esta anticipación de la consumación puede plantear serios problemas en apreciar formas imperfectas de realización del delito, ahora únicamente la tentativa, sin embargo, no se encontraría especial dificultad para calificar de intentado el delito cuando sus autores se hubieren limitado al acopio de material para la obra o a la preparación del terreno, siempre que tales actos pudiesen ser deslindados de los meros y simples actos preparatorios, que en sí mismos resultarían impunes si no nos permitiesen calificar su realización en los términos que se previenen en el art. 16 del Código Penal.

<sup>529</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Delito urbanístico*”, op. cit., pág. 318.

<sup>530</sup> Vid. QUERALT JIMENEZ, Joa J., “*Derecho Penal Español. Parte Especial*”, op. cit. pág. 1092. La tentativa es conceptual y prácticamente posible.

La doctrina penal mantiene una posición unánime respecto a la negativa<sup>531</sup> a la existencia de la tentativa en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo al tener el carácter de delito de simple actividad, con el entendimiento de que la realización de la acción típica lleva implícita la consumación<sup>532</sup> del propio delito, y además está justificado que se han realizado todos los elementos de los tipos objetivo y subjetivo, no siendo posible la existencia de una fase anterior a la consumación. De esta opinión es SOLA RECHE<sup>533</sup>, al sostener que la tentativa ha de ser coincidente con la consumación, no se entiende comenzada la tentativa sino con la misma realización del verbo típico, aceptando solamente la tentativa en estos delitos si el comportamiento típico es fraccionable. En cambio SANCHEZ DOMINGO<sup>534</sup>, acepta la tentativa en estos tipos de delitos, no solamente la tentativa inacabada, sino también la acabada, y GARCÍAS PLANAS<sup>535</sup> es de la opinión que en estos

---

<sup>531</sup> Vid. ALCACER GUIRADO, Rafael *“Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica”*, Editorial Edifoser, Madrid, 2001, pág. 97: La modificación terminológica que se produce en el nuevo Código Penal no es razón suficiente para excluir tajantemente la tentativa en los delitos de actividad y ello porque el marco semántico de la aceptación resultado no aparece muy claro en la dogmática penal actual, coexistiendo diversos significados del mismo y mostrándose incluso favorable al cambio del término delito por resultado.

<sup>532</sup> SAP de Albacete (Sección 1ª), Sentencia núm. 106/2010 de 19 julio: La Sala no estima la tentativa de delito sobre la ordenación del territorio con el argumento de que independientemente de que la casa esté o no acabada completamente, supone un ataque consumado al bien jurídico protegido, pues produce por ejemplo un impacto visual equivalente al de un edificio terminado. Además, el concepto "construcción" sirve tanto para una vivienda acabada como para una como la que es objeto de los autos, en la que solo faltan elementos de detalle, pues la obra de fábrica, lo que determina el volumen edificado, está terminada.

<sup>533</sup> Vid. SOLA RECHE, Esteban, *“La llamada tentativa inidónea de delito: Aspectos básicos”*, Editorial, Comares, 1996, pág. 160.

<sup>534</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, Belén, *“Delitos urbanísticos”*, op. cit., pág. 218.

<sup>535</sup> GARCÍAS PLANAS, Gabriel, *“El delito urbanístico (Delito relativo a la ordenación del territorio)”*, op. cit, pág. 77.

tipos delictivos caben formas imperfectas<sup>536</sup> de ejecución, concretamente, la tentativa inacabada<sup>537</sup>, dado que es difícil imaginar la tentativa acabada, ya que si se realizan todos los actos tendentes a la consecución del resultado estamos ante la consumación del delito.

Siguiendo la línea de ACALE SÁNCHEZ<sup>538</sup>, en nuestra opinión, creemos que el legislador ha perdido la oportunidad al dictar la Ley Orgánica 5/2010, de tipificar como delito las parcelaciones ilegales<sup>539</sup> que tengan como fin la urbanización, construcción o edificación, en el entendimiento de que esta fase previa es más grave y atentatoria al bien jurídico protegido suelo que la propia ejecución de las obras. Ante el

---

<sup>536</sup> Vid. LOPEZ LAGO, Olga, “*Los delitos urbanísticos. Breve referencia a los delitos contra el medio ambiente y el patrimonio histórico. Derecho Urbanístico de Andalucía*”, edición nº 2, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2006: En todo caso son delitos de los llamados de mera actividad, para su consumación no es necesario que exista un resultado concreto, de ahí la dificultad para apreciar en el *iter criminis* estadios distintos a la consumación y perfeccionamiento del delito; las posibles tentativas se van a quedar, en su casi totalidad, en actos preparatorios impunes.

<sup>537</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit. pág. 271: En cualquier caso, hay que excluir la posibilidad de tentativa acabada, puesto que no se exige un resultado típico separable de la acción, de forma que si se han realizado todos los actos típicos, que en realidad es uno sólo (llevar a cabo una construcción o edificación) susceptible de producirse en actos ejecutivo sucesivos (correspondientes a cada una de las tareas que son requeridas para llevar a cabo la construcción o edificación), es que se habrá consumado el delito, aunque el mismo pueda seguir ejecutándose sobre la misma construcción o edificación hasta su finalización.

<sup>538</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit. pág. 261: Ante el silencio de la ley penal, habrá que comprobar con el tiempo cómo interpreta este elemento la jurisprudencia. Caso de entender que llevar a cabo una parcelación ilegal no es una obra de urbanización, la conducta que administrativamente es considerada más grave –la parcelación– ha de ser entendida a efecto penales como mera tentativa de llevar a cabo posteriormente construcciones, edificaciones y obras de urbanización si es la misma persona quien lleva a cabo la parcelación y quien pretende llevar a cabo las posteriores obras de urbanización, construcciones o edificaciones, lo que no deja de ser paradójico.

<sup>539</sup> Vid. LOZANO CUTANDA, Blanca, “*Delitos contra la ordenación del territorio y prevaricación urbanística*”, Diario La Ley, Nº 7534, Sección Tribuna, 23 Dic. 2010, Año XXXI, Ref. D-394, Editorial LA LEY: como pone de relieve la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, «se amplía el ámbito de las conductas típicas a las obras ilegales o clandestinas de urbanización, ya que éstas pueden tener un mayor impacto sobre el territorio que las de mera construcción o edificación, a las que además suelen preceder». La falta de tipificación expresa de estas conductas en el CP (difícilmente podían entenderse incluidas en el concepto de «construcción», salvo que las parcelaciones urbanas se calificasen en el grado de tentativa), había sido objeto unánime de crítica por la doctrina.



silencio que guarda el Código penal se puede considerar como tentativa de delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo las parcelaciones ilegales, cuando su autor además tenga la condición de promotor, técnico-director, o constructor de las futuras parcelas, de lo contrario, si no concurren los requisitos de parcelador y promotor, la conducta sería atípica.

Tras la entrada en vigor de la LO 5/2010, todo se ha complicado aun más, pues parece que la parcelación ilegal no está implícita dentro de las obras de urbanización, al considerarse parcelación y urbanización actos distintos; basta con acudir al actual art. 320 del Código penal para darse cuenta de ello, al castigar al funcionario o autoridad que informe, o vote, o resuelva favorablemente instrumento de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación. Este precepto diferencia parcelación y urbanización, y por ello si en este precepto son actos diferentes, se puede llegar a la conclusión de que la parcelación no es una figura típica del art. 319, y en su consecuencia no entran dentro del concepto de urbanización.

Sostiene BOLDOVA PASAMAR<sup>540</sup>, que la doctrina mayoritaria asume que el Código penal no castiga las parcelaciones ilegales, como tampoco la ejecución de proyectos de edificación en suelo urbanizable sin haber urbanizado, o sin que se haya aprobado el plan y el proyecto de urbanización exigibles, a pesar de que comportan conductas de gran lesividad urbanística, por lo que una parte de esa doctrina estaría viendo ciertas lagunas de punibilidad, que sin embargo, podrían cubrirse con el

---

<sup>540</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit. pág. 272-273.

expediente de la cooperación necesaria o de la complicidad, sí constituyen el paso previo a construcciones o edificaciones típicas.

## XII. LA AUTORÍA

Nuestro Código penal regula en su artículo 28 la autoría<sup>541</sup> delictiva, al establecer, *“que son autores quienes realizan el hecho por sí sólo, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores, los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo, así como los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”*. De este concepto se puede colegir que serán autores<sup>542</sup> de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, los promotores, constructores y técnicos directores que comentan la acción típica del art. 319. Sostiene MOLINA FERNÁNDEZ<sup>543</sup>, que en un ordenamiento como el español, que distingue autoría y participación, autor no es todo el que contribuye causalmente al hecho, sino sólo el que ostenta una posición preeminente que permite afirmar que el hecho es propio.

---

<sup>541</sup> Vid. AMADEO GADEA, Sergio, *“Código penal. Parte general”*, Factum Libri Ediciones S.L. Madrid, 2007, pág. 229. Son autores los que toman parte directa en la ejecución del hecho, a los que fuerzan o inducen indirectamente a otros a ejecutarlo y a los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se hubiera efectuado.

<sup>542</sup> SAP de Valencia (Sección 2ª), Sentencia 545/2004 de 8 de septiembre.

<sup>543</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *“Memento Práctico Penal 2011”*, op. cit., pág. 296.

Lo normal, en estos tipo de ilícitos penales, es que la autoría sea única<sup>544</sup>, dado que la autoconstrucción o la promoción de la construcción sea llevada a cabo por la misma persona que ejecuta la edificación para sí mismo, es decir, que se trate de una persona que no es profesional de la construcción, como ocurre en la mayoría de los casos donde una persona se autoconstruye los fines de semanas, o en horas libres, una vivienda para recreo con piscina. En estos supuestos, a buen seguro no dispondrá ni de la correspondiente licencia municipal, ni proyecto de obra, así como tampoco será dirigido por un profesional técnico.

Como norma general, en los delitos que analizamos podemos encontrar la autoría única<sup>545</sup>, dado que esta figura delictiva se presenta en la autoconstrucción que realiza una sola persona, sin tener la condición de profesional de la actividad económica de la construcción, sin la intervención en su ejecución de la figura del técnico director al no contar a buen seguro con el proyecto correspondiente, es decir, la autoría única en los tipos delictivos del art. 319, puede aparecer cuando un sujeto sea técnico director con cualificación profesional y a la misma vez tenga la condición de promotor, constructor, promoviendo, llevando a cabo la construcción y realizando también la dirección facultativa<sup>546</sup>. Esta es la

---

<sup>544</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., “*Derecho Penal. Parte General*”, op.cit., pág. 676. Según la definición legal, autoría es realización del hecho, bien tenga lugar ésta inmediatamente y por obra de una sola persona (autoría única inmediata), bien se lleve a cabo valiéndose de otro como instrumento (autoría mediata) o se ejecute conjuntamente con otras (coautoría).

<sup>545</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op. cit. pág. 1061, es posible apreciar la autoría única inmediata cuando una sola persona ostente a la vez la cualificación profesional de “*técnico director*” y además sea promotor-constructor.

<sup>546</sup> Vid. CATALÁN SENDER, Jesús, “*Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*”, Editorial Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 1999, pág. 464. El promotor puede ser al mismo tiempo constructor, y que el director técnico puede pertenecer a la empresa constructora o promotora, en cuyo caso el constructor que ha promovido “*una*” construcción y, al mismo tiempo, la dirige no cometerá tantos delitos como cargo ocupa, sino un único delito.

opinión de BOLDOVA PASAMAR<sup>547</sup> quien considera que *en la práctica lo habitual es la autoría única, debido a que la mayor parte de los supuestos obedecen al fenómeno de la autoconstrucción o de promoción-construcción de una misma persona que obra para sí, sin ser generalmente profesional de la construcción. Para este mismo autor construirse o edificarse frecuentemente sin la correspondiente licencia no se habrá precisado la intervención del proyecto ni del proyectista que lo elabore, no por ende que después el mismo proyectista o un tercero dirija técnicamente la construcción o edificación.*

Cuando el art. 28 del Código penal establece que *son autores quienes realizan el hecho por medio de otro del que se sirve como instrumento*, se está refiriendo a la autoría mediata<sup>548</sup>, es decir, cuando alguien realiza el hecho delictivo no por sí mismo<sup>549</sup>, sino por medio de otro<sup>550</sup>. Ejemplo de

<sup>547</sup>. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit. pág. 281.

<sup>548</sup> Vid. CEREZO MIR, José, “*Curso de Derecho Penal Español*”, Tomo III, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 208. Explica que en el concepto restringido u objetivo-formal de autor, autor es el que realiza la acción típica o alguno de sus elementos (en este último caso, tentativa o coautores cuando cada uno de estos realizan uno de los elementos del tipo siendo completado entre todos). Fue formulado por Belling y se llama concepto restringido porque si no se realiza ninguna acción típica aunque se contribuya de cualquier forma a la causación del resultado no puede hablarse de autoría, y si dicha cooperación en la causación del resultado sin realizar la acción típica es castigada, es porque se prevén preceptos que regulan las formas de participación, preceptos que de no existir, dichas conductas quedarían impunes. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “*El Derecho Penal Español. Parte general, volumen II, teoría del delito (2)*”, Editorial Dykinson, Madrid 2009. La autoría mediata, es un supuesto de autor único que domina el hecho, aunque no causa inmediatamente (de propia mano) por que lo hace otro, el instrumento, que, aunque causa, no domina el hecho por sufrir algún defecto que impide que el hecho le pueda ser imputado, y sí quizás otro que domina y sólo coincide con aquél en que ambos causan el mismo resultado (autor detrás del autor).

<sup>549</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., “*Derecho Penal. Parte General*”, op.cit., pág. 677. Existe autoría mediata cuando el autor, en la realización del tipo, se sirve de otra persona, que utiliza como instrumento.

Vid. Código Penal comentado, Editorial Colex, Madrid, 2010, pág.103. Cabe la realización individual o conjunta de la conducta típica, supuesto de autoría directa o inmediata, y también por medio de otro del que se sirve como instrumento, caso de la autoría mediata.

<sup>550</sup> Vid. CALDERÓN CEREZO, Ángel/ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, “*Código penal comentado*”, op. cit. pág. 64, hay autoría mediata cuando alguien realiza el hecho no por sí mismo, sino

esa autoría sería el caso del promotor, constructor o el técnico director de una obra que acuerdan cometer alguna conducta del art. 319 del CP, no llegando a ejecutar ninguno de ellos las construcciones o edificaciones, ni siquiera el constructor en nombre de todos los demás sujetos de la construcción, sirviéndose de obreros u operarios para ejecutarla<sup>551</sup>.

También es posible, en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la coautoría en la comisión del ilícito penal, pudiéndose distinguir tanto la autoría homogénea, que es el sujeto con una misma cualidad, de la autoría como heterogénea, que es el sujeto con distintas cualidades de la autoría.

La coautoría consiste en la realización conjunta de la conducta delictiva<sup>552</sup>, correspondiendo a cada uno de los concertados la ejecución del hecho punible, colaborando con alguna aportación objetiva y causal, con el objeto de conseguir alcanzar la conducta de manera conjunta, no siendo necesario que cada coautor realice íntegramente los actos materiales del injusto<sup>553</sup>, dado que la ejecución del delito se realizará conjuntamente por el

---

por medio de otro, lo que requiere determinar aquellas situaciones en las que puede entenderse que el “*el hombre de atrás*” se sirve de otra persona como instrumento para realizar el hecho. Hay autoría mediata en el caso de que el hombre de atrás se sirva de un instrumento que actúa conforme a Derecho; el dominio del hecho lo conserva el hombre de atrás y no el instrumento en cuando sólo aquél conoce la realidad del acontecimiento.

<sup>551</sup> Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág. 272. En cambio, si los obreros hubieran tenido conocimiento del acuerdo de voluntades de los sujetos activos, decidiendo de manera dolosa realizar construcciones o edificaciones que dan lugar a estos delitos, no se daría ya el caso de la autoría mediata; calificándose en estos casos como autores principales.

<sup>552</sup> Vid. MELENDO PARDOS, Mariano, “*Curso de Derecho Penal. Parte General. Teoría de la codelinuencia: Autoría*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, pág.367.

<sup>553</sup> Para la jurisprudencia del TS ( Sección 1º), Sentencia de 19 de octubre de 2009. La coautoría del art. 28 C.P. se presenta cuando varias personas de común acuerdo toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, codominando entre todos, apareciendo, la autoría como un supuesto de división de trabajo, requiriendo, una decisión conjunta, un codominio del hecho, y una aportación eficaz al mismo en

cúmulo de las aportaciones de todos los coautores<sup>554</sup>. Para MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN<sup>555</sup> la coautoría es una especie de conspiración llevada a la práctica y se diferencia de esta figura precisamente en que el coautor interviene de algún modo en la realización del delito, lo que, por definición, no sucede con la conspiración.

En nuestra opinión para que podamos hablar de coautoría,<sup>556</sup> se deben de dar dos requisitos, uno objetivo o acuerdo de voluntades de acuerdo a un proyecto, acumulando esfuerzo o dividiendo el trabajo, que permita una imputación recíproca de las aportaciones a la conducta delictiva con la existencia de una responsabilidad global del delito<sup>557</sup>. El otro requisito es, también de tipo objetivo, donde cada sujeto activo que conviene en realizar el delito debe de actuar conjuntamente y que las

---

fase ejecutiva . El dominio del hecho, sin embargo, existe aunque cada persona que interviene no realice por sí solo y enteramente el tipo, pues es posible derivar un dominio del hecho, en razón a cada aportación al mismo, basada en la división de funciones o del trabajo entre los intervinientes.

La autoría conjunta implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto, es decir, al hecho delictivo. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas.

<sup>554</sup> Vid. SOTO NIETO, Francisco, “Coautoría. Plurales intervinientes en la realización del delito. Funciones de planificación, organización y dirección”, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1999, Ref. D-80, tomo 2, Editorial LA LEY: En consecuencia, a través del desarrollo del *pactum scaeleris* y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución.

<sup>555</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Derecho Penal. Parte General”, op. cit., pág. 436.

<sup>556</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S. “Derecho Penal. Parte General”, op.cit., pág. 680. Existe coautoría cuando el tipo de injusto se realiza conjuntamente por varias personas, cada una de las cuales ejecuta o realiza el hecho.

<sup>557</sup> Vid. GUTIERREZ RODRÍGUEZ, María, “Responsabilidad penal del coautor”, Editorial Tiran lo Blanch, Valencia 2001, pág. 261.

contribuciones al hecho delictivo se conjuntan en un todo orgánico. En este sentido, el hecho deja de ser una actuación individual<sup>558</sup> para convertirse en una realización conjunta, convirtiéndose la actuación ilícita en una global de la que todos los convivientes serán igual de responsables en consideración al principio de unidad de lo actuado, o al principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones<sup>559</sup>. La coautoría<sup>560</sup> por condominio funcional<sup>561</sup> del hecho tiene como presupuesto en primer lugar,

---

<sup>558</sup> Vid. RUIZ ANTON, Luís Felipe, “*El agente provocador en el Derecho Penal*”, Editorial Edersa, 1982, pág. 17, entiende que no es la conducta de cada uno de los autores individualmente considerado la que cobra relieve en la coautoría, sino la del colectivo que interviene como tal en el proceso ejecutivo.

<sup>559</sup> Vid. GUTIERREZ RODRÍGUEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit., pág. 335.

<sup>560</sup> Vid. CUELLOS CONTRERA, Joaquín, “*El Derecho Penal Español. Parte General, volumen II, teoría del delito (2)*”, op. cit. pág. 224. La coautoría es el dominio del hecho por dos o más personas que actúan conjuntamente, de tal manera que la aportación al hecho de cada uno es tan decisiva como para que sin ella el delito no se hubiese cometido.

<sup>561</sup> STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 1180/2010 de 22 de diciembre, declara que la coautoría por condominio funcional del hecho, puede sintetizarse en los siguientes apartados:

- a) La coautoría se aprecia cuando varias personas de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Ello requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutiva, que integra el elemento objetivo. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo con dominio de la acción, que será funcional si existe la división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.-
- b) La existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción, o en todo caso, muy brevemente anterior a ésta (coautoría adhesiva o sucesiva). Y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en casos en los que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación.
- c) No es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo. En consecuencia, a través del desarrollo del *pactum scaeleris* y del *co-dominio* funcional del hecho cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones no integrantes del núcleo del tipo, que sin embargo contribuyen de forma decisiva a su ejecución.
- d) Cada coautor, sobre la base de un acuerdo previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta en la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Su aportación a la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que resulta imprescindible. Deben, por el contrario, excluirse de

un mutuo acuerdo encauzado a la realización conjunta del hecho delictivo, ya sea en un momento previo a la ejecución o durante el curso de ésta (elemento subjetivo). A este requisito ha de sumarse otro imprescindible de carácter objetivo: la aportación de una parte esencial en la realización del plan durante la fase ejecutiva, sin que sea preciso que los actos realizados aparezcan descritos formalmente en el tipo penal.

Admitida la coautoría en estos tipos delictivos, lo normal será la intervención de todos o algunos de los posibles sujetos activos que se contienen en el art. 319 del CP. No cabe duda de la coautoría cuando el constructor se dedique profesionalmente a esta actividad y, además sea distinta de la figura del promotor, pues no resultará sencillo que estos sujetos activos ejecuten la construcción, urbanización, o edificación sin la intervención del otro<sup>562</sup>.

Para BOLDOVA PASAMAR,<sup>563</sup> la pluralidad de autores implicará la realización por parte de cada uno de ellos de las tareas que se hayan dividido o asignado entre sí, y supondrá una realización que respecto al

---

la coautoría los actos realizados en la fase de preparación del delito y aquellos que se ejecutan cuando éste ya esté consumado.

- e) Según la teoría del dominio del hecho, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global, aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aún no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea éste, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca. A este respecto, se afirma que entre los coautores se produce un vínculo de solidaridad que conlleva la imputación recíproca de las distintas contribuciones parciales; esto es, cada coautor es responsable de la totalidad del suceso y no sólo de la parte asumida en la ejecución del plan conforme a un criterio de la distribución de funciones.
- f) La realización conjunta del hecho sólo requiere que los coautores sumen conscientemente sus actos en función de una finalidad objetiva común manifestada en la acción. Sólo pueden ser dominados los hechos que se conocen.

<sup>562</sup> Vid. GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “*El delito urbanístico*”, op. cit. pág. 75, entiende que lo frecuente en este tipo de delito, será que se dé la realización conjunta, ya es difícil imaginar un promotor, sin un constructor o viceversa, sin además la presencia de un técnico-director.

<sup>563</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Delitos Urbanísticos*”, op. cit., pág. 280.



conjunto de la construcción o edificación resultará parcial, pero en relación con el tipo de lo injusto devendrá completa o total, pues podrá afirmarse indistintamente que cada uno de ellos y todos ellos en conjunto, llevan a cabo una construcción o edificación<sup>564</sup>.

En la práctica, es muy poco probable la coautoría<sup>565</sup> para estos tipos de delitos, sobre todo si se admite que el delito del artículo 319 CP lo pueda cometer quien promueve o construye aunque no sea un profesional (si son varios serán coautores), aunque esta modalidad de autoría no profesional no supone eliminar la intervención de profesionales, o de terceros no profesionales.

En palabras de BOLDOVA PASAMAR<sup>566</sup>, la coautoría se producirá en los casos en los que el delito urbanístico se cometa por los propios profesionales o en los más infrecuentes, aún de construcciones y edificaciones a gran escala, que exijan para su consecución esa triple

---

<sup>564</sup> Vid. DE TOLEDO y UBIETO, Emilio, “*La autoría conforme al Código penal*”, Diario La Ley, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-67, tomo 2, Editorial LA LEY: Pero en muchos casos sucede que el sujeto no actúa solo: junto con él o en relación con su conducta (y no como meros instrumentos suyos) actúan otros. Por ello el ordenamiento jurídico ha de contar con la posible intervención de varias personas en o respecto a la *ejecución* del comportamiento antijurídico. De aquí surgen los conceptos de coautoría y de *participación* y la consiguiente ampliación, más allá del autor único, del conjunto «de las personas criminalmente responsables». Se trata, sin embargo, de conceptos que, por la señalada diferencia que ya en su origen presentan las respectivas intervenciones (una lo es *en* el hecho, mientras que las otras lo son *en relación con* él), deben discernirse desde el primer momento; esto es, en el terreno de la tipicidad.

<sup>565</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit. pág. 263: Hay que distinguir si el constructor había participado del acuerdo delictivo con el técnico y con el promotor, en este caso será también autor aunque todavía no haya empezado a ejecutar su parte en el plan común, pues el momento de su actuación material es posterior en el tiempo; será un supuesto de coejecución en el que el dominio del hecho se distribuye funcionalmente entre el promotor, el técnico y el constructor. Si, por el contrario, el constructor no participa del acuerdo previo, en este momento no podrá ser considerado autor.

<sup>566</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 280.

capacitación profesional a la que se alude en los tipos de los delitos urbanísticos.

La coautoría<sup>567</sup> en estos tipos de delitos se puede presentar en diversos supuestos, como suele suceder cuando el promotor particular que no solicita licencia municipal de obra, lleva a cabo urbanización, construcción o edificación, conviniendo con el técnico director la ejecución de la construcción. Otro supuesto de coautoría se puede encontrar en el caso de que las construcciones se lleven a cabo al amparo de una licencia ilegal nula de pleno derecho, concertando un acuerdo de voluntades entre el promotor petionario de la licencia administrativa y el facultativo que elabora y firma el proyecto de obra. Cuando el promotor solicita licencia municipal de obra con datos falsos u ocultando los mismos, se puede decir que existe ejecución, resultando en este supuesto responsable criminalmente tanto el promotor como el técnico director que elabore y firme el proyecto de obra. También en este caso, si se constata que el constructor ha participado conviniendo con el promotor y con el técnico director firmante del proyecto un acuerdo previo del hecho delictivo también será coautor, de lo contrario el constructor estará exento de responsabilidad penal, dado que su actuación está prevista para una fase posterior en el tiempo.

También se responderá de coautor criminalmente responsable en los casos de que el sujeto, aun gozando de autorización de licencia de obra, y

---

<sup>567</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op. cit. pág. 1066. Existirá coautoría en el supuesto en el que intervienen varios promotores, constructores y técnicos directores en el acuerdo de voluntades previo a la ejecución material de los hechos delictivos previstos en el art. 319 C.P. y entre ellos no se produce una distribución de trabajo en relación jerárquica o vertical, sino horizontal.

en el momento de proceder a la ejecución de la urbanización, construcción, o edificación se exceden del contenido del proyecto de obra autorizado, debiendo ese exceso tener entidad suficiente, y haber existido también acuerdo previo de voluntades entre los sujetos activos. Cuando las obras son ejecutadas con licencia urbanística legal pero se excede de lo proyectado, o presentan deformidades totales respecto de la proyectada en la licencia, el hecho punible sucede en la fase realizada por el constructor, aunque si ha habido acuerdo previo de voluntades con el promotor y el técnico director, también estos sujetos activos serán responsables penalmente por su participación en consideración a la división funcional del dominio del hecho.

ACALE SÁNCHEZ<sup>568</sup> niega la comisión por omisión en el supuesto que el arquitecto o promotor no ejecute las acciones oportunas para que el constructor adecue la ejecución material de la construcción al contenido de la licencia<sup>569</sup>, en la medida en que sólo los delitos de resultado estructural pueden ser cometidos en comisión por omisión<sup>570</sup>, y los delitos del art. 319 del Código penal son delitos de mera actividad, siendo la actuación del técnico o del promotor en estos supuestos, castigado como acto de participación en el hecho ajeno como cooperador necesario. En este sentido

---

<sup>568</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit. pág. 264. Si se actúa con licencia, el constructor será siempre coejecutor y en el caso que actúe en soledad, necesitará la participación, como cooperadores necesarios, del técnico y del promotor, pues para que se construya es requisito indispensable que el promotor promueva jurídicamente la construcción y que el director técnico acompañe a la solicitud de la licencia el proyecto de construcción.

<sup>569</sup> Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág.121. No se puede producir la omisión en relación con la solicitud de licencia a efectos de apreciar la modalidad omisiva, ya que, la inactividad no verifica por sí misma la realización de un elemento.

<sup>570</sup> Vid. SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SERRANO MAILLO, Alfonso, “*Derecho penal. Parte especial*”, op. cit., pág. 635. La acción consiste en llevar a cabo una urbanización, construcción o edificación en suelo calificado de una cierta manera y con una serie de condiciones. No cabe la omisión.

BOLDOVA PASAMAR<sup>571</sup> considera que la ausencia de acuerdo previo y la imposibilidad de invocar la comisión por omisión, justifica la imputación del delito a título de partícipe por omisión al promotor y al director técnico, cuando, concedores del exceso sobre la licencia en la actuación del constructor, no la impiden, dado que son garante de que la construcción se lleva a cabo de acuerdo con la autorización.

Señala SANCHEZ ROBERT<sup>572</sup>, que la utilización de los términos “llevar a cabo”, nos lleva a afirmar que no cabe admitir, en relación a estos delitos, la naturaleza de los mismos como delitos de mera actividad por omisión en sentido propio, no solamente por las dificultades que presentan desde una perspectiva teórica en sentido estricto, sino, precisamente, porque en artículo 319 del Código Penal la conducta que se realiza es activa –llevar a cabo – En parecidos términos se pronuncia GÓRRIZ ROYO<sup>573</sup>, al sostener que la omisión de estas acciones en ningún caso puede considerarse típica, ya que no corresponden con la salvaguarda del bien jurídico, que en este caso sería la ordenación del territorio y el urbanismo, cuando dicho bien jurídico se encuentre en peligro.

---

<sup>571</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Los delitos urbanísticos”, op. cit., ,pág. 281.

<sup>572</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal”, op. cit., ,pág.120.

<sup>573</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “Protección penal del territorio”, op. cit., ,pág. 846.

### XIII. LA PARTICIPACION

Los modos de participación, en los hechos delictivos, están regulados en los artículos 27<sup>574</sup>, 28<sup>575</sup> y 29<sup>576</sup> del Código Penal, de cuya conducta no se deriva el delito sino por medio de la resolución de su autor<sup>577</sup>, dado que es requisito indispensable que el cómplice conozca que la conducta llevada a cabo por el que realiza la acción es antijurídica.

Para que la acción del partícipe sea punible, depende jurídicamente del acto ilícito del autor principal, o en otras palabras, la ilicitud de la participación presupone la ilicitud del hecho en el que se participa<sup>578</sup>. Para COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON<sup>579</sup>, a diferencia de la autoría, que es realización del hecho propio, la participación es contribución al hecho ajeno. El partícipe no realiza por sí mismo el hecho delictivo, sino que favorece a, o coopera en la realización ajena.

---

<sup>574</sup> Artículo 27 del Código Penal: Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices.

<sup>575</sup> Artículo 28 del Código Penal: Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumentos.

También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

<sup>576</sup> Artículo 29 del Código Penal: Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

<sup>577</sup> Vid. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “*Memento Práctico Penal 2011*”, op.cit. pág. 302. Partícipe es quien, sin ser autor, interviene en el hecho delictivo, contribuyendo causalmente a su realización, bien induciendo al autor a cometerlo, bien cooperando con él.

<sup>578</sup> Vid. MELENDO PARDOS, Mariano, “*Curso de Derecho Penal. Parte General. La participación*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, pág.381. Se participa en lo injusto cometido por el autor y no en la culpabilidad del mismo.

<sup>579</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTON, Tomás S. “*Derecho Penal. Parte General*”, op.cit., pág. 683.

Como norma general, en un principio, los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, cuando se quiere criminalizar la conducta delictiva del promotor y del constructor no profesional al tratarse de un delito común, serán procedentes todas las formas de participación, cosa distinta es cuando estemos ante los delitos especiales propios<sup>580</sup> cometidos por los técnicos directores, pues cuando estos facultativos cualificados<sup>581</sup> cometan los hechos punibles como autores, se puede admitir la participación de un *extraneus*<sup>582</sup>.

Para nuestro Alto Tribunal<sup>583</sup> en los delitos especiales propios él no cualificado (*extraneus*), aunque no puede ser autor en sentido estricto, puede ser partícipe a modo de inductor, cooperador necesario o cómplice en el delito del cualificado del autor (*intraneus*).

---

<sup>580</sup> Vid. BLANCO LOZANO, Carlos, “La protección penal del suelo no urbanizable” Diario La Ley, Nº 5724, Sección Doctrina, 21 Feb. 2003, Año XXIII, Ref. D-46, Editorial LA LEY, que señala que nos hallamos ante un delito especial propio, por cuanto no puede ser cometido por cualquier persona, sino sólo por aquellas que ostenten la especial cualidad profesional de promotores, constructores o técnicos directores, aunque ello, claro está, con independencia de que por vía de aplicación de las reglas legales de autoría y participación (arts. 27 y ss. CP), se puede llegar a sancionar por la comisión de este delito urbanístico a un sujeto particular que no ostente tales cualificaciones profesionales (por ejemplo a un inductor --art. 28 CP, párrafo 2.º, letra b). Más específicamente aún, se trataría de un delito especial propio en su modalidad de propia mano, esto es, que el tipo presupone un acto de ejecución corporal o al menos, y será lo más frecuente en este caso, personal, que debe realizar el propio auto.

<sup>581</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “Protección penal de la ordenación del territorio”, op. cit. 1069. Desde una perspectiva teórica cabe prever que será un Arquitecto Superior el que realice el proyecto y ejerza la dirección técnica de la obra, si bien frecuentemente ejercerá dicha dirección facultativa asistido por el director de la ejecución, esto es, por un Arquitecto técnico o Aparejador e incluso pueden intervenir también Ingenieros superiores o técnico, y en su consecuencia será el Arquitecto Superior, o en su defecto el profesional que ejerza las tareas de dirección, el autor único y el resto de colaboradores técnicos pueden ser considerados a lo sumo como cooperadores necesarios (art. 28 b) C.P.) y de forma más habitual como cómplices. (art. 29 C.P.).

<sup>582</sup> Vid. DE VEGA RUIZ, José Custodio, “Delitos contra el Medio Ambiente, Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico, Flora y Fauna en el Código Penal de 1995”, Editorial Colex, Madrid, 1996, pág. 119. Intervendrán como sujetos activos del delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, los promotores o técnicos directores, y cualquiera de ellos podrá actuar de manera independiente sin la intervención del otro

<sup>583</sup> SSTs 52/1993 de 18 de enero, y 164/1997 de 12 de febrero.

Con respecto a los delitos especiales propios, el *extraneus* responde como partícipe del hecho ilícito cometido por el *intraneus*. La figura del *extraneus* viene regulado en el art. 65.3<sup>584</sup> del C.P. al hacer mención a la participación del *extraneus* como inductor o cooperador necesario, disponiendo este precepto que, “*cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción que se trate*”.

Existen supuestos donde nunca se puede castigar como autor al *extraneus*, como suele suceder en los delitos de prevaricación urbanística, pues éste debe de tener la condición de funcionario público, pudiendo ser castigado penalmente aunque no sea servidor público a modo de inductor, cómplice o cooperador necesario de un extraño respecto de un autor.

De todo lo anterior hay que colegir que el *extraneus* que tiene participación en un hecho delictivo ajeno con el *intraneus*, a título de constructor profesional, será responsable penalmente por ser partícipe de la conducta punible cometida por el *intraneus* a modo de inductor o cooperador necesario. Si por el contrario, el facultativo técnico tiene encomendada la tarea de dirección técnica de la obra en lugar de *extraneus*, responderá penalmente a modo de *intraneus* por ser autor principal.

La participación en los delitos urbanísticos se debe de producir antes de la ejecución de las obras, es decir, en los momentos anteriores a la

---

<sup>584</sup> Este apartado tercero ha sido añadido por el artículo 20 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004.

comisión de la conducta delictiva, así como en los momentos posteriores al comienzo de las mismas hasta la consumación del delito.

### 1. La inducción a delinquir

La inducción está regulada en el artículo 28 del Código Penal<sup>585</sup>, y procede cuando un sujeto determina a otra persona a la comisión dolosa de un hecho delictivo, haciendo nacer en él la idea antijurídica<sup>586</sup>. La inducción se diferencia de la coautoría en que en aquella institución el inductor no participa en el hecho delictivo<sup>587</sup>.

Para nuestro Alto Tribunal inducir es hacer nacer en otro la idea de realizar un hecho antijurídico de manera que el inductor dará lugar a que el autor material del delito lo cometa. Por esta razón, se ha dicho que la inducción es la creación del dolo en el autor principal. Así pues, la característica esencial del inductor es que determina en otro la resolución

---

<sup>585</sup> Vid. FAMILIAR SÁNCHEZ, Arturo, “*Los delitos relativo a la ordenación del territorio*”, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 21, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Nov. 2005, Ref. 3505/2005, pág. 3505, tomo 3, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, si los capataces, operarios, etc., obran con dolo, sus conductas podrían ser calificadas como actos de cooperación necesaria o no, en el delito incriminado (artículo 28 b del Código Penal de 1995). Igual tratamiento debería aplicarse, en su caso, si hay dolo, a otros eventuales intervinientes (financiadores de la construcción) salvo el mero ideador que respondería como inductor.

<sup>586</sup> Vid. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “*Memento Práctico Penal 2011*”, op.cit. pág. 307. El inductor es el que hace nacer en otro la voluntad de cometer un hecho delictivo.

<sup>587</sup> Vid. MELENDO PARDOS, Mariano, “*Curso de Derecho Penal. Parte General. La participación*”, op. cit. pág. 393. El inductor es quien consigue que otra persona adopte la resolución de voluntad de cometer el delito.



de realizar el hecho concretando su conducta a hacer nacer en otro la voluntad de la realización del delito<sup>588</sup>.

La inducción<sup>589</sup> viene caracterizada porque el inductor hace surgir en otra u otras personas la idea<sup>590</sup> de cometer un delito, pero con toda obviedad quien decide y domina la realización del mismo es el inducido, porque de lo contrario, como dice la doctrina científica, el inductor sería verdadero autor. También es evidente que esta inducción, salvo en los casos excepcionales en los que es confesada por el inductor o por el inducido o inducidos, ha de ser descubierta a través de la prueba de hechos psicológicos, esto es, de inferencias<sup>591</sup>. Para COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, inducir es determinar a otro a la realización del hecho típicamente antijurídico, haciendo nacer en otro una voluntad delictiva de la que carecía<sup>592</sup>. Señala MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN<sup>593</sup>, que la inducción se caracteriza porque el inductor hace surgir en otra persona (inducido) la idea de cometer un delito; pero quien decide y domina la realización del mismo es el inducido, porque, de lo contrario, el inductor sería verdadero autor mediato.

---

<sup>588</sup> TS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1813/2002 de 31 octubre.

<sup>589</sup> Vid. CUELLOS CONTRERA, Joaquín, “*El Derecho Penal español. Parte General, volumen II, teoría del delito (2)*”, op. cit. pág. 290. La inducción es participación en el hecho delictivo ajeno porque, aunque consista en la influencia decisiva sobre el autor en orden a conseguir, y haber determinado, la comisión del delito por el autor, no supone intervención en el hecho delictivo principal, lo que sólo hace el autor .

<sup>590</sup> Vid. GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “*El delito urbanístico*”, op. cit., pág. 76, los inductores, son aquellos que hacen nacer en otro la idea criminal, de manera directa y eficaz.

<sup>591</sup> STS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 52/1993 de 18 enero.

<sup>592</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S. “*Derecho Penal. Parte General*”, op.cit., pág. 686.

<sup>593</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, “*Derecho Penal. Parte General*”, op. cit., pág. 443.

Son medios idóneos para la inducción, las promesas, regalos preciosos, condecoraciones, etc., sin embargo en las amenazas y coacciones, consideramos que no cabe inducción por omisión.

La inducción equivale a causar en otra persona la resolución de ejecutar un hecho delictivo, y así, no nos encontraríamos en un supuesto de inducción si el sujeto a quien se dirige la instigación estaba ya decidido con anterioridad a ejecutar el hecho.

Para que podamos hablar de la institución jurídica de la inducción, será requisito necesario que sea anterior al hecho delictivo o, al menos, concomitante con el mismo, pues se ha de ejercer sobre una persona determinada -aunque se puede inducir por medio de persona intermedia- para la comisión de un delito también determinado y, en muchos casos, especialmente en los delitos contra las personas, ha de recaer en un sujeto pasivo así mismo determinado; eficaz o suficiente, es decir, causante de la determinación del inducido o autor material, de tal modo, que el pacto, el consejo o el mandato, ejerzan influencia tan decisiva en el ánimo del inducido que, apoderándose o sojuzgando la voluntad de éste le determine a cometer un delito, debiéndose detectar la presencia de una relación de causalidad; abierta, clara y no insidiosa; dolosa, esto es, que es preciso que el inductor haya procedido maliciosamente en la determinación del autor material, teniendo consciencia de la antijuridicidad del hecho y de que, dicho hecho, está amenazado con una pena, y finalmente, seguida de la

ejecución del delito convenido, o al menos, de cualquiera de sus formas imperfectas de ejecución<sup>594</sup>.

La inducción a delinquir debe de ser abierta y clara, pudiéndose producir también en cadena sin importar el número de personas intermedias, no siendo necesario que exista una relación personal entre el inductor y el inducido, ni que se conozcan sus nombres y demás datos personales. El inductor también se puede hacer valer mediante una persona interpuesta a cambio de una recompensa.

Para RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ<sup>595</sup>, no existirá inducción si el inducido estaba ya resuelto a cometer el delito (*omnímodo facturus*), y tampoco basta el mero consejo o una simple deliberación en común sobre la conveniencia o no de cometer el delito. No es inducción tampoco la aprobación de la resolución criminal de otro, siempre que tal aprobación no sea motivo decisivo que le impulse a ejecutar el hecho.

Las resoluciones judiciales en referencia a la inducción en los delitos del artículo 319 CP son escasas en nuestros tribunales, no así en la prevaricación del art. 320, que son numerosas. Puede ser responsable de inducción el constructor profesional que amenaza a un operario con el despido si no ejecuta la obra en un suelo rural, o el supuesto contrario, si ejecuta la obra tendrá preferencia al puesto de trabajo. Otro caso es cuando

---

<sup>594</sup> Vid. VERCHER NOGUERA, Antonio, “La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-26, tomo 1, Editorial LA LEY en los delitos especiales, tanto los propios como los impropios, cabe la participación punible de terceros a título de cooperadores necesarios o de inductores, admitiendo incluso la autoría mediata. De tratarse de inductores habría que remitirse, lógicamente, al art. 28 a) del Código Penal.

<sup>595</sup> Vid. RODRIGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, “Derecho penal español”, op. cit, pág. 811.

un promotor induce con regalo de un inmueble al constructor para que realice la construcción en un suelo prohibido. Para GÓRRIZ ROYO<sup>596</sup>, es inducción cuando un particular, motivado por el interés en adquirir la futura vivienda, idea su construcción y únicamente ofrece cantidades de dinero al promotor o al constructor de manera que fomenta la realización de los delitos previstos en el art. 319, siempre que hayan sido meros ideadores de los mismos, y al menos crearan una situación estimulante, - como la oferta de dinero- , que haya determinado efectivamente la aparición de la concreta decisión delictiva.

## 2. La cooperación necesaria

Existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta, sin la cual, el delito no se habría cometido<sup>597</sup>. La cooperación necesaria aparece recogida en la letra b) del artículo 28 de nuestro Código Penal. El cooperador necesario es un partícipe<sup>598</sup> que, a diferencia de lo que sucede con la coautoría, no ejecuta el hecho delictivo, sino que pone contribución a una actividad ajena pero íntima y necesariamente relacionada con aquél, caracterizándose el auxilio prestado por este notorio coadyuvante, por su principalidad para la realización del delito. Para juzgar si la cooperación es necesaria o no, debemos de acudir a la doctrina de los bienes escasos, que son los que no le

---

<sup>596</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op. cit., pág. 1071.

<sup>597</sup> Vid. AMADEO GADEA, Sergio, “*Código penal. Parte general*”, op. cit., pág. 232.

<sup>598</sup> Vid CUELLOS CONTRERA, Joaquín, “*El Derecho Penal español. Parte General, volumen II, teoría del delito (2)*”, op. cit. pág.247.

serían fácilmente obtenibles al autor principal, de modo que toda colaboración que un ciudadano común no estaría dispuesto a prestar por su carácter ilícito, peligroso o difícil de proporcionar, y que resultaría causalmente eficaz para el resultado delictivo.

Se puede describir la cooperación necesaria como un aportación al hecho delictivo sin el cual no hubiera podido cometerse<sup>599</sup>, pero eso sí, durante la fase de preparación, pues si se hubiese contribuido en la fase de ejecución habría que hablar no de cooperación sino de coautoría.

Para el Código Penal Español, son cooperadores necesarios los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado, es decir, se trata de una especie de complicidad que se caracteriza por la importancia de la aportación al hecho del autor, mereciendo el cómplice la misma pena que el autor material del delito<sup>600</sup>.

Hay quien es de la opinión de que los cooperadores necesarios son en ocasiones, cuando poseen dominio funcional del hecho, coautores, y otras veces partícipes cuando no poseen ese dominio<sup>601</sup>. Para otros autores, entre ellos CEREZO MIR,<sup>602</sup> el cooperador necesario unas veces será coautor y

---

<sup>599</sup> Vid. MELENDO PARDOS, Mariano, *“Curso de Derecho Penal. Parte General. La participación”*, op. cit., pág. 396. El cooperador necesario, con su conducta, pone una condición sin la que el delito no se hubiese realizado o en otro caso, pone una condición sin la que el delito se habría realizado de modo diferente.

<sup>600</sup> Vid. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *“Memento Práctico Penal 2011”*, op.cit. pág. 312. Al igual que el inductor, el cooperador necesario también es considerado autor por el Código, aunque en sentido estricto no lo sea. Si el inductor tiene el control del hecho desde su génesis, el cooperador necesario lo tiene en algún momento de su ejecución, que no podría haberse llevado a cabo sin su concurso.

<sup>601</sup> Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONILLED, Miguel: *¿Es necesaria la cooperación necesaria?*, Revista de Derecho Penal 2005-2. Autoría y participación – II (Buenos Aires, Argentina), 125-160.

<sup>602</sup> CEREZO MIR, José, *“Autoría y participación en el Código Penal vigente y en el futuro Código Penal, en: Estudios sobre la moderna reforma penal española”*, Tecnos, Madrid, 1993, 31-47.

otras partícipe, debiéndose encajar en la complicidad, proponiendo la eliminación de la mención de la cooperación necesaria, pues sólo debe de mantenerse además de la de cómplices y separada de ésta, la mención de un partícipe que no sea autor.

Para un sector mayoritario de la doctrina, el cooperador necesario es un partícipe, considerando además que la misma es una forma de participación, una contribución y responsabilidad accesoria del hecho ajeno y del autor principal. Otros autores consideran que el cooperador necesario, unas veces es coautor y otras partícipe, en base de la teoría de dominio del hecho<sup>603</sup>.

Para GÓRRIZ ROYO<sup>604</sup> puede resultar especialmente conflictiva en los delitos del art. 319 del CP, la distinción entre cooperadores necesarios (28 b C.P.), y los no necesarios o cómplices (art. 29 CP), porque ambas formas de participación presentan muchas similitudes, entre ellas, el rasgo común de que ambos cooperadores, no realizan los actos típicos, sino que contribuyen con sus conductas a la realización típica del autor.

En nuestra opinión, un caso típico de la cooperación necesaria se da en el supuesto de que un particular conviene previamente con el constructor, y el director técnico, realizando una parcelación con división de lotes y parcelas, siendo esta actuación previa y esencial para la ejecución de la actuación delictiva, así como también cuando un propietario de suelo cede su uso, derecho de edificación a un promotor, pudiéndose aplicar en esto casos de conformidad con lo dispuesto en el art. 28 b) del C.P. la

---

<sup>603</sup> Vid. GARCÍAS PLANAS, Gabriel, "El delito urbanístico", op. cit., pág. 76.

<sup>604</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, "Protección penal de la ordenación del territorio", op. cit., pág. 1069.

misma pena que el autor directo, si se prueba su responsabilidad y culpabilidad, toda vez que la acción delictiva no se hubiera llevado a cabo sin su cooperación. También cuando un arquitecto a través del proyecto oculta y encubre una construcción ilegal, concediendo apariencia de legalidad a lo que en su origen era ilegal, afirmando en su proyecto que las obras son conformes a derecho, contribuyendo con su conducta a incrementar el riesgo o peligro de realización del tipo provocando el error en la Administración<sup>605</sup>.

Señala SÁNCHEZ ROBERT<sup>606</sup>, que los particulares que coadyuven a la realización de edificaciones o construcciones prevista en el artículo 319, se podrán incluir como cooperadores necesarios, si intervienen en acuerdo de voluntades con los sujetos activos promotores, constructores y técnicos directores. En cambio, los cooperadores no necesarios serán los que coadyuven en estos delitos, mediante la ejecución material de las obras, como por ejemplo el suministro de materiales de construcción.

Existen supuestos impunes de cooperación necesaria en los casos de la prestación de trabajos que realizan los albañiles en la construcción en suelo no urbanizables aun a sabiendas de su antijuricidad. Existen en la doctrina española sobre este aspecto opiniones enfrentadas, pues ROMÁN GARCÍA<sup>607</sup> considera que existe responsabilidad penal en los operarios, albañiles y en general los empleados de las empresas constructoras que dolosamente participen en la construcción ilegal, sin embargo

---

<sup>605</sup> SAP de Baleares (Sección 2ª), Sentencia de 6 de octubre de 2011.

<sup>606</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág. 274.

<sup>607</sup> ROMÁN GARCIA, Fernando, “*Derecho Penal Administrativo*”, Comares, Granada, 1997, pág. 61.

BARRIENTOS PACHO<sup>608</sup> entiende que habría excepciones a la impunidad de los obreros u operarios aun cuando existiera por su parte conocimiento de la situación jurídica del suelo sobre el que materialmente construyen. Otros autores, entre los que destacan GÓRRIZ ROYO<sup>609</sup> y SÁNCHEZ DOMINGO<sup>610</sup>, califican estos supuestos como de cooperación necesaria considerando que la desobediencia del operario de obra o subcontratado es atípica, en el sentido que si el operario de obra realiza actos que contribuyen a la realización de la construcción actúa obedeciendo órdenes del constructor, del técnico director o de ambos, pues la relación que media entre ellos es la de una relación jerárquica de carácter laboral, no se plantearía aquí el problema de los mandatos antijurídicos obligatorios cuya existencia es, como se sabe, rechazable en nuestro ordenamiento jurídico.

Nuestra opinión es a favor de la impunidad de los operarios y obreros de la construcción, pues se puede dar el supuesto de que la negativa a trabajar de un albañil en la ejecución de las obras de edificación de un chalet en suelo clasificado como rural, puede llevar al despido por parte del empleador, aunque desde luego eso sí, el trabajador puede acudir a la jurisdicción social por despido improcedente, pero para evitar conflicto innecesario, lo normal es que el operario asienta y realice su trabajo. Pues como bien manifiesta BOLDOVA PASAMAR<sup>611</sup> se tratará de una impunidad basada en la no exigibilidad de obediencia al derecho, que si no es aplicable el estado de necesidad, ni como causa de justificación, ni como

---

<sup>608</sup> BARRIENTOS PACHO, Jesús María, “*Delitos relativos a la ordenación del territorio*”, La Ley, núm. 4172, año 1996, pág. 1558.

<sup>609</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op. cit. 1016 y 1104.

<sup>610</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 232.

<sup>611</sup> BOLDOVA PASAMAR; Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 283.



causa de inculpabilidad, se debe de exculpar a estas personas que contribuyen o que participan en la ejecución de obras no autorizadas.

También se puede dar el supuesto de participación, las personas que a sabiendas de su ilegalidad compren de mala fe una edificación que todavía no está terminada, de lo contrario si la adquiere una vez terminada podría el delito estar incardinado en el artículo 301 de Código Penal, es decir delito de receptación.

### **3. La complicidad en el hecho delictivo**

El cómplice<sup>612</sup> es un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial, es decir, del autor, que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquellos anima y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en que todos están interesados.<sup>613</sup> La complicidad está regulada en el artículo 29 de nuestro Código Penal en los siguientes términos: “*Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan en la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*”.

---

<sup>612</sup> Vid. AMADEO GADEA, Sergio, “*Código penal. Parte general*”, op. cit. pág. 237. Se trata de una participación accidental y no condicionante, de carácter secundario e inferior.

<sup>613</sup> STS de 29 de enero de 1947.

Según la jurisprudencia, la complicidad es una participación periférica<sup>614</sup> y accidental o de carácter auxiliar, secundaria o accesorio, pero en todo caso eficaz, cualitativamente inscribible en las prestaciones de auxilio eficaz y facilitadoras del resultado, pero sin la cual el hecho era también posible<sup>615</sup>. Señala MOLINA FERNÁNDEZ<sup>616</sup>, es cómplice quien, sin ser autor, inductor o cooperador necesario, coopera a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, siendo el caso más claro de participación criminal.

El Tribunal Supremo<sup>617</sup> tiene declarado que para que prospere la institución jurídica de la complicidad, se requiere la concurrencia de dos elementos fundamentales:

- Subjetivamente, la existencia de un *pactum sceleris* como concierto de voluntades o previo acuerdo, coetáneo, inicial o sobrevenido a la acción, expreso o tácito, junto con la conciencia respecto de la ilicitud y antijuridicidad (conciencia *sceleris*) del acto pasado.
- Como elemento objetivo, la aportación de unos actos anteriores o simultáneos de carácter auxiliar.

---

<sup>614</sup> Vid. CUELLO CONTRERA, Joaquín, “*El Derecho Penal español. Parte General, volumen II, teoría del delito (2)*”, op. cit. pág. 303. El cómplice, como partícipe, se distingue del autor en que no lleva a cabo la conducta típica principal, sino que, situado en su periferia, realiza aportaciones a ella, la acción principal del autor, facilitándola en orden al resultado.

<sup>615</sup> SST de 9 de febrero de 1976, 28 de noviembre de 1994, 11 de marzo de 1994 y 30 de septiembre de 1988.

<sup>616</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “*Memento Práctico Penal 2011*”, op.cit. pág. 313.

<sup>617</sup> STS de 17 de enero de 1991.

La Sala 2ª del Tribunal Supremo<sup>618</sup> considera en referencia a la complicidad, que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que aquellos animan, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados<sup>619</sup>.

La complicidad es una participación accidental y de carácter secundario.<sup>620</sup> El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible<sup>621</sup>. Para que exista complicidad han de concurrir dos elementos, uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos, y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél<sup>622</sup>.

De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a

---

<sup>618</sup> SSTS de 20 de julio de 2001 y 17 de junio de 2002 de abril de 2003.

<sup>619</sup> STS de 25 de junio 1946.

<sup>620</sup> SSTS de 31 de octubre 1973, 25 de septiembre de 1974, y 8 de noviembre de 1986.

<sup>621</sup> STS de 15 de julio de 1982.

<sup>622</sup> SSTS de 9 de mayo de 1972, 16 de marzo y 12 de mayo de 1998 y últimamente, sentencia de 24 de abril de 2000.

ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del *iter criminis*.

El Tribunal Supremo,<sup>623</sup> en referencia al artículo 29 del Código Penal, considera que la complicidad es una forma de participación, por lo que es necesario que exista un hecho delictivo cometido por otro u otros, así como la concurrencia de varios elementos, objetivos y subjetivos para que pueda apreciarse la existencia de complicidad.

Como elemento objetivo es preciso, en primer lugar, que exista un hecho típico y antijurídico cometido por otro u otros. En este sentido, según la doctrina de la accesoriidad limitada, el cómplice responde criminalmente, aun cuando el autor quede exento de pena por una causa que excluya su culpabilidad.

En segundo lugar, se exige la aportación a la ejecución de actos anteriores o simultáneos, que deben caracterizarse por no ser necesarios para la ejecución, lo que nos introduciría en la autoría o en la cooperación necesaria, pero que sin embargo, deben constituir una aportación relevante para su éxito. De un lado, por tanto, han de ser actos no necesarios, y en este sentido se habla en algunas sentencias de actos periféricos y de mera accesoriidad.

La complicidad delictiva desde un punto de vista subjetivo exige dos elementos. De un lado, un doble dolo. Es preciso que el sujeto conozca el propósito criminal del autor y que su voluntad se oriente a contribuir con

---

<sup>623</sup> STS de 8 de septiembre de 2003.

sus propios actos de un modo consciente a la realización de aquél. Siendo suficiente con que el dolo del cooperador sea de carácter eventual<sup>624</sup> respecto del resultado que pueda seguir a la acción voluntaria que ejecuta el autor, a cuyo éxito encamina el cómplice su aportación.

La exigencia de que la prestación haya resultado de algún modo eficaz, deriva del propio concepto de cooperación, pues si la aportación no reflejó en absoluto su eficacia en la ejecución del hecho, no cabrá hablar de cooperación a dicha ejecución.

Ciertamente, las expresiones utilizadas por la jurisprudencia, refiriéndose a una contribución mínimamente eficaz como criterio de relevancia típica para el castigo de la complicidad, deben ser interpretadas en el sentido de que la eficacia habrá que evaluarla tomando como referencia el proceso motivacional del comportamiento del autor. De modo que si la aportación del cómplice fue de todo punto irrelevante para que el autor formara su convicción o su resolución para llevar a cabo el hecho criminal, entonces aquella habrá de ser impune, al tratarse de un caso de simple complicidad, esto es sin contribución alguna a la formación del proceso motivacional del autor.

El Tribunal Supremo<sup>625</sup> ha admitido la responsabilidad por complicidad omisiva en los delitos de resultado, respecto de aquellas personas que teniendo un deber normativo de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para limitar sus consecuencias, sin perjuicio de la dificultad de concretar si esa

---

<sup>624</sup> STS núm. 1531/2002, de 27 de septiembre.

<sup>625</sup> STS de 14 de febrero de 2003.

omisión del deber jurídico de actuar ha de ser subsumida en la autoría o en la participación, necesaria o no<sup>626</sup>.

La participación omisiva, encuadrable en la complicidad, parte de los siguientes presupuestos:

- a) De carácter objetivo: favorecimiento de la ejecución.
- b) De carácter subjetivo: voluntad de facilitar la ejecución.
- c) De carácter normativo: infracción del deber personal de impedir la comisión del delito o posición de garante.

Centrándonos en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo son supuestos de complicidad los suministradores de materiales de construcción, los electricistas, fontaneros, que no son propiamente trabajadores del constructor sino que prestan sus trabajos de forma autónoma. Otra forma de complicidad por omisión sería la conducta omisiva del promotor que deja que el constructor se exceda del contenido de la licencia de obras. También podría tener cabida dentro de la complicidad un Colegio Oficial de Arquitectos o Arquitectos Técnicos si visa un proyecto puesto de acuerdo con el proyectista a sabiendas de que las obras que se van a ejecutar son ilegales.

Sostiene CHOLBI CACHÁ<sup>627</sup> que quedan fuera del tipo penal, en principio, las empresas o técnicos que se dedican al asesoramiento urbanístico que no forman parte de la Administración pero que intervienen en el procedimiento, a través del correspondiente contrato de consultoría y

---

<sup>626</sup> STS núm. 1480, de 13 de octubre de 1999.

<sup>627</sup> Vid. CHOLBI CACHÁ, Francisco Antonio, “*El procedimiento de concesión de las licencias de urbanismo*”. El Consultor. Madrid, 2002, pág. 247.

asistencia. No obstante, éstos sí podrían responder como cooperadores necesarios o cómplices del delito.

#### **XIV. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL**

Las circunstancias agravantes modificativas de la responsabilidad criminal están reguladas en el art. 22 del C.P., y consiste en que el hecho es castigado más severamente o con una pena más elevada que la prevista inicialmente por su mayor antijuricidad. Las agravantes, al tener un mayor injusto conllevan un mayor desvalor de la acción, como suele suceder en la alevosía, disfraz, abuso de superioridad, aprovechamiento de las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa o faciliten la impunidad, abuso de confianza y prevalecer del carácter público. Existen otras agravantes que conllevan una mayor culpabilidad, como puede ser en supuestos de la discriminación por motivos racistas, ideológicos, religiosos, la de precio, recompensa o promesa. Sin embargo, también existen circunstancias mixtas, que pueden afectar tanto a la culpabilidad como al injusto, como puede suceder con la agravante de ensañamiento.

En referencia a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, son muy pocas las apreciaciones de circunstancias agravantes modificativas de la responsabilidad criminal en el artículo 319 del C.P. En nuestra opinión, la agravante más usual apreciada en las resoluciones judiciales es la de la reincidencia. También es posible la recompensa, que se apreciará en los supuestos en que una persona encargue a otra la

construcción de una edificación en suelo no urbanizable, que al carecer de escritura pública de propiedad, bajo recompensa de efectuar un regalo se compromete a la ejecución de las obras como si la propiedad fuera suya, y una vez cumplido el plazo de la prescripción del posible delito le reintegrará la posesión de inmueble a cambio de lo prometido, de esta manera el propietario originario siempre eludirá la acción de la justicia.

Para GARCÍAS PLANAS<sup>628</sup> rechaza la posibilidad de la circunstancia agravatoria del precio del art. 22.3, por considerarla incluida en el tipo ya que los sujetos activos, concretamente los constructores y técnicos directores, habrán contratado sus servicios, lógicamente con la estipulación de un precio.

Los juzgadores de instancia en relación al principio acusatorio, no pueden penar por un delito más grave que el que ha sido objeto de acusación, tampoco pueden castigar infracciones por la que no se ha acusado; ni por delito distinto al que ha sido objeto de acusación alcanzando esta prohibición a la apreciación de agravantes no invocadas por la acusación<sup>629</sup>.

---

<sup>628</sup> GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “*El delito urbanístico*”, op. cit., pág. 82.

<sup>629</sup> Sobre este extremo se pronuncia la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1º), de 13 de abril de 2011, en referencia a la comisión de un delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, por llevar a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable, al declarar que no puede condenarse por unos hechos sustancialmente distintos de los que ha sido objeto de acusación, ni por un delito más grave o por circunstancias agravantes o grados de perfeccionamiento o de participación más severo.

Sin embargo para la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, en su Sentencia núm. 356/2010, de 20 de julio, estima uno de los motivos alegado por los acusados, en el sentido de que las penas impuesta debieran ser en su extensión mínima, pues no se explican qué criterio han usado para elevar las penas por encima del mínimo. En esta *litis* se condena a los autores de un delito contra la ordenación del territorio del art. 319. 2, sin las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

La Sala estimó el motivo del recurso de apelación por entender que la sentencia de instancia no motivó la pena impuesta, excediéndose la pena mínima impuesta, aun cuando no existían circunstancias modificativas de la responsabilidad. La Sala en su Sentencia expone la doctrina sobre motivación de las



Será necesario obviamente, también la motivación de la individualización de la pena cuando se exija expresamente por la norma, como sucede en los supuestos contemplados en las reglas 6ª y 7ª del art. 66 del CP, de ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, o de concurrencia de agravantes y atenuantes. En tales casos, la mencionada regla 6ª establece que los Jueces y Tribunales individualizarán la pena, imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia.

Otras de las agravantes de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal se encuentra en el artículo 338 del CP<sup>630</sup>, insertado en las disposiciones comunes aplicables a los delitos previstos en el Título donde se contienen los delitos relativos a la Ordenación del Territorio y el Urbanismo, la Protección del Patrimonio Histórico y el Medio Ambiente<sup>631</sup>.

Este precepto establece que cuando las conductas definidas en el Título XVI del CP afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas<sup>632</sup>. Este

---

penas considerando que si la exposición de las razones de la individualización es siempre conveniente, se convierte en necesaria en algunos supuestos, como cuando se exaspera al máximo la punición sin razón aparente, cuando uno de los coautores es sancionado con pena superior a la impuesta a los otros, sin motivo evidente o cuando se pone a todos los acusados penas iguales, pese a concurrir en alguno de ellos alguna circunstancias modificativa.

<sup>630</sup> SAP de Valencia de 23 de junio de 2003.

<sup>631</sup> Rúbrica del Título XVI del Libro II redactada por el apartado octogésimo octavo del artículo único de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 23 de junio de 2010).

<sup>632</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “*Memento practico penal 2011*”, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2011.

artículo establece una agravación específicas cuando dichas conductas afecten a algún espacio natural protegido. El tipo cualificado sobre la ordenación del territorio y el urbanismo previsto en el artículo 319.1 del CP no contiene la calificación agravatoria, pues este precepto se limita a castigar a los que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizable en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legalmente o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. Como vemos este delito no conlleva la cualidad fáctica específica.

Se aplicará el artículo 338 cuando el espacio natural protegido sea declarado por una disposición normativa que califique, determine y delimite ese lugar. De acuerdo con la Ley 4/2007 del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, tienen la consideración de Espacio Natural Protegido aquellos espacios del territorio nacional, incluidas las aguas continentales y las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción nacional, incluidas la zona económica exclusiva y la plataforma continental.

Estamos de acuerdo con BOLDOVA PASAMAR<sup>633</sup>, al señalar que no parece que todos los lugares que tengan legal o administrativamente reconocido un valor ecológico o paisajístico o cuando por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección constituyan espacios naturales protegidos, pues solamente cuando tales lugares gocen

---

<sup>633</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit., pág.311.

además de esta catalogación superior se fundamenta la aplicación del tipo agravado.

Es compatible la cualificación del artículo 338 con el delito del artículo 319.1 del CP en los casos de ejecución de obras no autorizable sobre suelos o lugares que tengan reconocido otra cualidad o valor diferente que esté protegido, como puede suceder si las obras son ejecutadas sobre un bien de dominio público<sup>634</sup>. Sin embargo, MARTOS NÚÑEZ<sup>635</sup>, sostiene que será ley preferente el delito urbanístico, en el que además del ataque al espacio natural protegido se contempla la lesión de la normativa reguladora de la ordenación del territorio, Para este autor en este caso no es posible la aplicación de la agravante específica del artículo 338 del Código Penal, ya que es “*inherente*” al tipo la afectación de un espacio natural protegido. Sin embargo, como el delito urbanístico del artículo 319 es un “*delito especial*”, si el sujeto activo no reúne las condiciones típicas de ser “*promotor, constructor o técnico director*” siempre cabría la aplicación subsidiaria del artículo 330 del CP.

---

<sup>634</sup> Vid. MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “*La protección jurídico penal de los espacios protegidos*”, Revista General del Derecho Penal 15 (2011), pág. 15.

<sup>635</sup> Vid. MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “*idem*”, op. cit., pág.23.

## CAPITULO IV

### EL TIPO AGRAVADO DEL ARTÍCULO 319.1 DEL CÓDIGO PENAL

#### I. Introducción

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, se modifica el art. 319.1, del CP, en el cual se dispone que se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso, la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los 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<sup>636</sup>. Como consecuencia de lo anterior se puede colegir a partir de la reforma operada por LO 5/2010, que para los delitos del art.

---

<sup>636</sup> Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*”, Editorial de la Universidad de Granada, 2012, pág. 215. Contiene este precepto un tipo cualificado, que se va a caracterizar por un endurecimiento de las penas, si bien se va a sancionar a los mismos sujetos que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizable, aunque en determinados suelos que, con carácter general, habrán sido considerados de especial valor o protección. Por ello, consideramos que este tipo se muestra con una mayor intensidad material respecto al bien protegido. Se refiere, pues, al mismo objeto material que sería el suelo no urbanizable, aunque con determinadas especificaciones.

319. 1, debe de tratarse de conductas no autorizable, que ante de dicha reforma debía de tratarse de actuaciones no autorizada<sup>637</sup>.

La conducta típica<sup>638</sup> del apartado primero del artículo 319 CP consiste en “llevar a cabo”, no precisando la realización de un resultado, pues consideramos que se trata de un delito de mera actividad, sin que sea necesaria la finalización de las obras de urbanización, construcción o edificación no autorizable. La antijuricidad la integra la simple actuación delictiva en estos lugares especialmente protegidos. En este mismo sentido se manifiesta ACALE SÁNCHEZ<sup>639</sup>, al manifestar las consecuencias dogmáticas de considerar este delito como de simple actividad, pues aunque sea un delito de esta naturaleza ello no significa que la conducta se agote de forma instantánea.

Como antes se ha tenido ocasión de referenciar al comentar los delitos urbanísticos del apartado segundo del artículo 319 CP, existirán conductas ilícitas sobre estos lugares que no precisarán la intervención del derecho punitivo<sup>640</sup>, en consideración a la *última ratio*, y al principio de intervención mínima del derecho penal, pues solamente le será de aplicación cuando la conducta delictiva se realice sobre unos concretos

---

<sup>637</sup>Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 273.

<sup>638</sup> Vid. MARTOS NÚÑEZ; Juan Antonio, “Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial”, Editorial Tecno, Madrid, 2011, pág.309. La acción típica consiste en realizar obras de urbanización, construir; o sea: fabricar, erigir, edificar y hacer de nueva planta una cosa, como palacio, iglesia, casa, puente. *Conditio sine qua non* es que la construcción no esté autorizada, porque no existe licencia alguna; ya sea porque la edificación excede de sus límites, o bien porque la autorización es nula.

<sup>639</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos urbanísticos”, Delitos urbanísticos (ed. Cedecs), Barcelona 1997, pág. 279.

<sup>640</sup> Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios”, op. cit. pág. 54-55. En todo tipo penal es necesario delimitar un umbral mínimo de relevancia que mantengan al Derecho Penal en su papel de intervención mínima, sin sancionar conductas cuya irrelevancia harían excesivo este tipo de intervención.

suelos que destaquen por su especial relevancia en atención al valor social y a su especial protección. En esta modalidad agravada<sup>641</sup>, las obras de urbanización, construcción o edificación no deben ser autorizables, en consideración al valor que poseen o la protección que goza el suelo sobre el que se ejecutan las obras<sup>642</sup>. Sobre este particular señala MUÑOZ CONDE<sup>643</sup>, que esta modalidad, que representa una cualificación frente a la recogida en el apartado 2º, viene a sancionar las obras de urbanización, construcción o edificación no autorizable en determinados suelos cuya protección es especialmente sensible. Para VILLACAMPA ESTIARTE<sup>644</sup>, tras la reforma de 2010, la amplitud de las conductas típicas previstas en ambos tipos delictivos coincide completamente, restando como única diferencia entre ambos el tipo de suelo sobre el que se realizaran las obras, construcciones o edificaciones.

A continuación, y con objeto de un mayor entendimiento de estos lugares dignos de protección, realizaremos un estudio pormenorizado y exhaustivo de estos lugares de forma independiente, lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o que por los mismo motivos hayan sido

---

<sup>641</sup>Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *“Derecho Penal Especial. Parte Especial”*, Editorial Atelier, 6ª edición, Barcelona, 2010, pág. 1097. La diferencia con el delito anterior estriba en que estamos ante una mayor gravedad de la pena, dado que los objetos de protección son más relevantes, gravedad que sólo se aprecia en la pena privativa de libertad.

<sup>642</sup> Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, *“Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido escrito. El artículo 319 del Código Penal”*, op. cit., pág. 216.

<sup>643</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *“Derecho Penal. Parte Especial”*, Editorial Tirant lo Blanch, 18ª Edición, Valencia, 2010, pág. 574.

<sup>644</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *“La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios”*, op. cit. pág. 275.

considerados de especial protección; suelos destinados a viales y zonas verdes, y bienes de dominio público.

**II. LUGARES QUE TENGAN LEGAL O ADMINISTRATIVAMENTE RECONOCIDO SU VALOR PAISAJISTICO, ECOLÓGICO, ARTÍSTICO, HISTÓRICO O CULTURAL, O QUE POR LOS MISMOS MOTIVOS HAYAN SIDO CONSIDERADOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN**

La STC 61/1997, de 20 de marzo, dictaminó que el Estado no tiene competencia en materia de planeamiento urbanístico, por ello y con objeto de poder determinar los lugares donde se puede cometer el hecho delictivo del art. 319.1 del C.P., hay que acudir a la normativa urbanística que dictan las Comunidades Autónomas, y en su consecuencia para poder definir los espacios protegidos donde se pueden ejecutar los ilícitos penales de urbanización, construcción o edificación, hay que remitirse a las leyes autonómicas que regulan el suelo, y si en las Comunidades Autónomas no existen leyes de esta materia le será de aplicación el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.

Estos lugares se encuentran contenidos en el último inciso del art. 319.1 del CP, refiriéndose al suelo rural especialmente protegido<sup>645</sup>. El tipo delictivo es llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación

---

<sup>645</sup> Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “*Derecho penal. Parte especial*”, op. cit., pág. 1091.

no autorizables en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos hayan sido considerados de especial protección. En este sentido GÓMEZ RIVERO<sup>646</sup>, señala que en la medida en que la autorización concedida no cubre con rigor el ámbito de riesgo en que se halla inmersa la actividad del particular, la solución no puede ser sino afirmar la tipicidad del artículo 319.1, pues manteniendo a ultranza el principio de accesoriedad del Derecho administrativo (y, con ello, el principio de legalidad penal) nada impediría que el juez considerase no autorizada la conducta realizada por el particular, a que la Administración le dio el visto bueno para edificar en un lugar determinado e invadió otro especialmente protegido, o elevó el volumen de edificación por encima de lo permitido; toda esas acciones se desarrollarían en realidad “*sin autorización*” y podrían recibir la calificación de penalmente típicas.

Son un tipo de suelo que por sus especiales condiciones merecen ser introducidos en el entorno protector que garantizan las leyes penales. Para saber con exactitud si estamos en presencia de estos lugares nos tenemos que remitir a dos leyes estatales:

- La Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español.
- La Ley 42/2007, de 13 de diciembre del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que determina los criterios que deben tenerse en cuenta para proteger determinados espacios naturales.

---

<sup>646</sup> GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, “*El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio (Especial referencia a la responsabilidad del funcionario concedente)*” Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 28.



La competencia para la declaración<sup>647</sup> de protección de los espacios naturales las tienen las Comunidades Autónomas, excepto para los parques nacionales, los espacios naturales que se encuentren en el territorio de dos o más comunidades o cuando tengan por objeto la protección de bienes señalados en el artículo 3 de la Ley 22/1988, de Costas, en cuyo caso la competencia para la declaración la tendrá otorgada el Estado<sup>648</sup>.

BOLDOVA PASAMAR<sup>649</sup> considera que sobre la naturaleza de estos lugares, en virtud de los valores paisajísticos, ecológicos, artísticos, históricos o culturales que le sean propios, habrá que atender a la legislación estatal sobre el Patrimonio Histórico Español y sobre conservación de espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, además de las normativas autonómicas en materia urbanística o de ordenación del territorio y las específicas correspondientes.

En el artículo 14.2 de la Ley 16/1985, se establece los bienes inmuebles que están integrados en el patrimonio histórico español y que son los siguientes:

- Monumentos, o inmuebles que constituyen realizaciones arquitectónicas con interés histórico, artístico, científico o social.

---

<sup>647</sup>Vid. DE LA CUESTA AGUADO, Paz, *“Derecho Penal español. Parte Especial (II)”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 975. Solo integran el tipo del art. 319.1 CP aquellos lugares que han sido objeto de una previa declaración formal, no bastando con que se haya incoado expediente.

<sup>648</sup> Vid. Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

<sup>649</sup>BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *“Los delitos urbanísticos”*, Editorial Atelier, Barcelona, 2007, pág. 154.

- Jardines históricos, espacios delimitados productos de la ordenación humana de elementos naturales con interés histórico, estético o botánico.
- Conjunto histórico, agrupación de bienes inmuebles que formando una unidad constituye un testimonio de cultura o un valor de uso y disfrute para la colectividad.
- Sitio histórico, lugar vinculado a acontecimientos del pasado con valor histórico.
- Zona arqueológica, lugar donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica.

Para poder ejecutar obras o edificación, en estos tipos de bienes es necesario obtener autorización de la administración que tenga atribuida la competencia, dado que si no se tiene licencia urbanística, se estaría hablando de construcción no autorizada, con independencia de que exista o no la autorización administrativa del órgano encargado de la gestión del patrimonio histórico.

Estos tipos de suelos y lugares, aunque deben ser preservados de cualquier desarrollo urbanístico, pueden estar enclavados en la clase de suelo urbano, urbanizable y no urbanizable, dado que el tipo penal no tiene en consideración la clasificación urbanística del suelo<sup>650</sup>.

---

<sup>650</sup> SAP de Jaén 17 de junio de 2002. Se considera típica la conducta de la construcción de una cabaña de madera de 60 m<sup>2</sup> sobre plataforma de hormigón en un predio propiedad del condenado, sito en un espacio especialmente protegido como parque natural.

SAP de Albacete de 17 de abril de 2006. Considera típica la conducta de la ejecución de obra de un bloque de barbacoas con una superficie de 25 m<sup>2</sup>, con ladrillo y forrado de piedra, cubierta de teja mixta, en terreno de un parque natural, y en su Sentencia de de 29 de septiembre de 2006, también es típica la

Llegado a este punto, se hace necesario diferenciar los objetos de los lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, de aquellos otros lugares o espacios que por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección<sup>651</sup>.

### **1. Lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural**

En este grupo se integrarían aquellos lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural. Este reconocimiento puede ser declarado bien de la legislación del Estado o de las Comunidades Autónomas, pudiendo ser aquella supletoria de las leyes autonómicas, sin que exista discriminación o vulneración del principio de igualdad de los ciudadanos en atención a su lugar de residencia, puesto que la legislación autonómica está justificada en consideración a las peculiaridades de cada territorio<sup>652</sup>. Este reconocimiento de estos tipos de valores debe necesariamente estar declarado en una norma de rango de ley, que como antes se ha comentado puede emanar tanto de las leyes del Estado, de las Comunidades Autónomas, de la Administración Local o incluso de las normativas Europeas. Cabe la posibilidad de que la

---

ejecución de una cochera de 45 m<sup>2</sup> y de un porche de 21 m<sup>2</sup>, ambas adosadas a una vivienda en un parque natural.

<sup>651</sup>Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 931, considera que no es conveniente equiparlos a efectos penales puesto que tampoco en el ámbito administrativo son lugares exactamente idénticos y además con ello se reduciría injustificadamente el ámbito típico de este delito.

<sup>652</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, ídem, pág. 932.

declaración de estos valores tenga su origen en un reglamento o incluso en un acto administrativo, con el requisito de que su realización se efectúe formalmente<sup>653</sup>. Para GÓRRIZ ROYO<sup>654</sup>, la integración del precepto penal por actos administrativos, no tiene necesariamente que contradecir los principios de legalidad y seguridad jurídica, dado que respeta los requisitos que la jurisprudencia constitucional requiere para admitir la constitucionalidad de las normas penales en blanco. Sin embargo, algún autor niega eficacia jurídica a los actos administrativos para realizar la declaración de estos lugares protegidos. En este sentido señala BLANCO LOZANO<sup>655</sup>, que si el llenado de la norma penal en blanco, si el reenvío al ámbito administrativo nos lleva a remisiones extrapenales que ni siquiera tiene el rango de norma jurídica, estaríamos ante un precepto claramente inconstitucional, por infringir las exigencias constitucionales de legalidad, seguridad jurídica, exigencia de Ley Orgánica en materia penal y competencia exclusiva del Estado en la regulación de dicha materia. De ahí que la única solución posible en este punto, ante el deficiente proceder de nuestro legislador en la articulación técnica del tipo, y para salvaguardar la constitucionalidad de este, sea una interpretación restrictiva (como no puede ser de otra forma en la esfera jurídico-penal) que exija que tal reconocimiento administrativo tenga, cuando menos, el rango de norma jurídica, y no el de mero acto administrativo. Señala DE LA CUESTA AGUADO<sup>656</sup>, que para la determinación de los lugares que tengan legal o

---

<sup>653</sup> Vid. LASO MARTINEZ, José Luís, *“Urbanismo y Medio Ambiente en el nuevo Código Penal”*, Editorial Marcial Pons, Madrid 1997, pág. 68

<sup>654</sup> GORRIZ ROYO, Elena, *“Protección penal de la ordenación del territorio”*, op. cit. pág. 932.

<sup>655</sup> BLANCO LOZANO, Carlos, *“El delito urbanístico”*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 2001, pág. 122.

<sup>656</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz, *“Derecho Penal español. Parte especial (II)”*, op. cit., pág. 975.

administrativamente reconocido su valor paisajístico o ecológico, artístico, histórico o cultural, será preciso acudir a un complejo normativo que incluye normas de Derecho urbanístico y para la protección del medio ambiente y del patrimonio cultural e histórico.

La norma a la que en primer término debemos acudir para el reconocimiento de los lugares con valor paisajístico o ecológico, es la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que deroga y sustituye a la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, centrándose los principios que inspiran esta nueva ley desde la perspectiva de la consideración del propio patrimonio natural, en el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y de los sistemas viales básicos, en la preservación de la diversidad biológica, genética, de poblaciones y de especies, y en la preservación de la variedad, singularidad y belleza de los ecosistemas naturales, de la diversidad geológica y del paisaje.

Como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 42/2007 el Patrimonio natural y la biodiversidad desempeñan una función social relevante por su estrecha vinculación con la salud y el bienestar de las personas, y por su aportación al desarrollo social y económico. Esta ley también establece que las actividades encaminadas a la conservación de sus fines podrán ser declaradas de utilidad pública o interés social. Además considera como espacio naturales protegidos aquellos espacios del territorio nacional, las aguas continentales, y las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción nacional, incluidas la zona económica exclusiva y la plataforma continental, que cumplan algunos de los siguientes requisitos:

- Contener sistemas o elementos naturales representativos, singulares, frágiles, amenazados o de especial interés ecológico, científico, paisajístico, geológico o educativo.
- Estar dedicado especialmente a la protección y al mantenimiento de la diversidad biológica, de la geodiversidad y de los recursos naturales y culturales asociados.

Se clasifican los espacios naturales protegidos en función de los bienes y valores a proteger, y de los objetivos de gestión a cumplir, ya sean terrestres o marinos. Estos Parques naturales se clasifican en cinco categorías:

- Parques: Son áreas naturales que, en razón a la belleza de sus paisajes, la representatividad de sus ecosistemas o la singularidad de su flora, de su fauna o su diversidad geológica, incluidas sus formaciones geomorfológicas, poseen unos valores ecológicos, estéticos, educativos y científicos cuya conservación merece una atención preferente.
- Reservas naturales: Son espacios naturales, cuya creación tiene como finalidad la protección de ecosistemas, comunidades o elementos biológicos que, por su rareza, fragilidad, importancia o singularidad merecen una valoración especial.
- Áreas marinas protegidas: Son espacios naturales designados para la protección de ecosistemas, comunidades o elementos biológicos o geológicos del medio marino, incluidas las áreas intermareal y sumareal, que en razón de su rareza, fragilidad, importancia o singularidad, merecen una protección especial.

- Monumentos naturales: Son espacios o elementos de la naturaleza constituidos básicamente por formaciones de notoria singularidad, rareza o belleza, que merecen ser objeto de una protección especial, así como los árboles singulares y monumentales, las formaciones geológicas, los yacimientos paleontológicos y mineralógicos, los estratotipos y demás elementos de la gea que reúnan un interés especial por la singularidad o importancia de sus valores científicos, culturales o paisajísticos.
- Paisajes protegidos: Son partes del territorio que las administraciones competentes, a través de su planeamiento, por sus valores naturales, estéticos y culturales, y de acuerdo con el Convenio del paisaje del Consejo de Europa, consideren merecedores de una protección especial<sup>657</sup>.

Para la declaración de los Parques y Reservas Naturales será requisito la previa elaboración y aprobación del correspondiente Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la zona. Esta declaración le corresponde a las Comunidades Autónomas, así como la determinación de la fórmula de gestión de los espacios naturales protegidos en su ámbito territorial y en las aguas marinas cuando, para éstas, exista continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección, avalada por la mejor evidencia científica existente. Si un espacio natural protegido se extendiera por el territorio de dos Comunidades Autónomas, éstas establecerán de común acuerdo la fórmula de colaboración necesaria.

---

<sup>657</sup> Firmado en Florencia el 20 de octubre de 2000 y, ratificado por el Gobierno de España el 26 de noviembre de 2007, con entrada en vigor el 1 de marzo de 2008 (BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2008).

Al igual que se ha explicado que para determinar el reconocimiento de lugares con valor paisajístico o ecológico hay que acudir a la Ley 42/2007, también para determinar el reconocimiento de los lugares con valor artístico, histórico o cultural, debemos remitirnos al artículo 46 de la Constitución española que insta a los poderes públicos a garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad, sancionando la ley penal los atentados contra este patrimonio. En este sentido conviene tener presente la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, y el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, con la modificación operada por el Real Decreto 64/1994, de 21 de enero, de conformidad a la adecuación a la STC 17/1991<sup>658</sup>.

El objeto de esta ley es la protección, acrecentamiento, y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español (PHE), que integra los bienes inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico y técnico; además del patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques que tengan valor artístico, histórico o antropológico.

---

<sup>658</sup>Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *“Los delitos sobre la ordenación del territorio”*, Sentencias de TSJ y AP otros Tribunales núm. 8/2000, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona 2000: A la hora de interpretar los conceptos utilizados en el tipo habrá que acudir necesariamente a la legislación pertinente, que en los supuestos de los suelos con valor paisajístico o ecológico, habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 10 y siguiente de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, así como a la correspondiente legislación autonómica. Por su parte, los artículos 14 y siguiente de la Ley 16/1985, de 25 de junio del Patrimonio Histórico Español, establecen las condiciones en las que los bienes inmuebles –y, por consiguiente, también los suelos- pueden ser declarados de valor histórico o cultural.



Para esta ley se consideran bienes inmuebles además de todos los enumerados en el art. 334 del Código Civil<sup>659</sup>, cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o de su entorno o lo hayan formado y cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su separación no perjudique visiblemente al merito histórico o artístico del inmueble al que están adherido.

En esta Ley se contiene la tutela tanto de bienes mobiliarios como inmobiliarios, concretamente el art. 14 de LPHE define los bienes inmuebles objeto de protección con valor histórico o cultural.

También los bienes inmuebles que integran el PHE pueden ser declarados monumentos, jardines, conjuntos y sitios históricos, así como zonas arqueológicas, todos ellos como bienes de interés cultural. El art. 15 de la PHE enumera y define estos tipos de bienes inmuebles:

---

<sup>659</sup> Para el artículo 334 del Código Civil, serán bienes inmuebles: 1. Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo. 2. Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble. 3. Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto. 4. Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo. 5. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma. 6. Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente. 7. Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse. 8. Las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento, y las aguas vivas o estancadas. 9. Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa. 10. Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

- Monumentos: Son aquellos bienes inmuebles que constituyen realizaciones arquitectónicas o de ingeniería, u obra de escultura colosal siempre que tengan interés histórico, artístico, científico o social.
- Jardín histórico: Es el espacio delimitado, producto de la ordenación por el hombre de elementos naturales, a veces complementado con estructuras de fábrica, y estimado de interés en función de su origen o pasado histórico o de sus valores estéticos sensoriales o botánicos.
- Conjunto histórico: Es la agrupación de bienes inmuebles que forman una unidad de asentamiento, continua o dispersa, condicionada por una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana por ser testimonio de su cultura o constituir un valor de uso y disfrute para la colectividad. Asimismo es conjunto histórico cualquier núcleo individualizado de inmuebles comprendidos en una unidad superior de población que reúna esas mismas características y pueda ser claramente delimitado.
- Sitio histórico: Es el lugar o paraje natural vinculado a acontecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones culturales o de la naturaleza y a obras del hombre, que posean valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico.
- Zona arqueológica: Es el lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si

se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas.

Para que se puedan incluir estas clases de inmuebles dentro del elemento del tipo delictivo del art. 319.1 del C.P., será requisito por parte de la Administración competente, que realice una declaración firme y definitiva de interés cultural, debiendo también redactar un Plan Especial de Protección del área afectada.

Sobre el otorgamiento de licencia<sup>660</sup> en estos bienes de especial protección, se pronuncia el art. 16 que dispone que la incoación de expediente de declaración de interés cultural respecto de un bien inmueble, determinará la suspensión de las correspondientes licencias municipales de parcelación, edificación o demolición en las zonas afectadas, así como de los efectos de las ya otorgadas. Las obras que por razón de fuerza mayor hubieran de realizarse con carácter inaplazable en tales zonas, precisarán en todo caso de autorización de los organismos competentes para la ejecución de esta Ley.

Sostiene PAREDES CASTAÑÓN<sup>661</sup>, que en todos estos supuestos la interpretación del objeto material en este delito deberá ceñirse estrictamente a la realizada por el Derecho Administrativo y, por lo tanto, con los requisitos que este sector del Ordenamiento exija, pudiendo dudarse

---

<sup>660</sup> Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, “*Delitos Urbanísticos*”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2008, pág 174. Entiende esta autora que para proceder a realizar una edificación o construcción en alguno de los bienes inmuebles mencionados no es suficiente con la licencia municipal, incurriendo en responsabilidad criminal el sujeto que realiza en dichos lugares una edificación o construcción con la simple autorización municipal, corroborando la propia LPHE, al requerir en el artículo 22, para cualquier obra o remoción, autorización no solo municipal sino también de la Administración competente.

<sup>661</sup> PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio*”, Sentencias de TSJ y AP otros Tribunales núm. 8/2000, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona 2000.

únicamente de si no merecen idéntica protección aquellos objetos materiales que carezcan de la efectiva calificación jurídico-administrativa como suelos especialmente protegidos debido tan sólo a defectos de carácter meramente formal. Hay que entender, sin embargo, que la forma en la que está redactado el tipo penal veda, por respeto al principio de legalidad penal, la incriminación de conductas referidas a tales objetos materiales, por más que dicha solución puede conducir en ocasiones a indeseables lagunas de punición.

## **2. Suelo Rural de especial protección**

El artículo 319.1 en su inciso final hace alusión “*por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección*”. En nuestra opinión la expresión es ambigua, y por razones de seguridad jurídica se debería de hacer una declaración expresa de esos lugares dignos de tutela, pues para poder concretar estos espacios protegidos debemos acudir a las múltiples normas urbanísticas, y a mayor abundamiento, no se hace alusión a los valores agrícolas, forestales o ganaderos, por ello entendemos como así lo ha declarado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia (Sección única), de 17 de marzo de 1998, que el suelo no urbanizable especialmente protegido por su interés agrícola no puede ser objeto de protección en el apartado primero del art. 319 del C.P. Sobre este particular también es interesante hacer mención a la Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía con Sede en Sevilla, de 22 de abril de 2003, recurso 982/200, donde tiene declarado que “*Por último, la efectiva clasificación del suelo como no urbanizable no deriva automática e inmediatamente de la fijación*

*de un régimen de especial protección sino que depende, en todo caso, de que el órgano público competente para la clasificación del suelo efectivamente concluya que el régimen especial de protección previamente establecido exige la clasificación del suelo como no urbanizable. En coherencia con lo anterior, debemos negar todo carácter restrictivo al listado de valores y fines determinantes de regímenes especiales de protección". Los distintos regímenes de protección traen causa de los distintos títulos competenciales del Estado y de las Comunidades Autónomas. Será entonces el titular de cada competencia a quien corresponderá identificar y valorar la importancia de un fin o valor para establecer un régimen especial de protección.*

Sobre este particular, la doctrina se encuentra dividida sobre si los suelos protegidos son aquellos a los que alude el inciso final del art. 319 del CP, *"por los mismos motivos"*, pues este término origina abundantes equivocaciones, dado que no se entiende bien, si cuando se hace alusión *"los mismos motivos"*, se refiere solamente a valores que sean reconocidos legal o administrativamente o también deben de protegerse los suelos que incluya el planeamiento como valores a proteger sin declaración legal o administrativamente. Para BOLDOBA PASAMAR<sup>662</sup> del elenco de valores del terreno dignos de protección a tenor del art. 319.1 pueden distinguirse dos grandes grupos: por un lado, los de valor paisajístico y ecológico; por otro lado, los de valor histórico, artístico y cultural. En comparación con los valores consignados en los suelos en relación con su clasificación como suelo no urbanizable (especial o de especial protección) en la LS98 (art. 9.1<sup>a</sup>), se destacaba que aquí se ha omitido el valor ecológico, pero se utiliza

---

<sup>662</sup>Vid BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *"Los delitos urbanísticos"*, op. cit. pág. 160.

su sinónimo “*ambiental*”. En cambio, el valor artístico del Código penal ya no se corresponde fielmente con los citados valores “*arqueológico*” y “*científico*” por la norma administrativa, por lo que tendrán que ser los valores histórico y cultural los que sirvan de acomodo para equilibrar el contenido y sentido de la regulaciones penal y administrativa, ello a pesar de que en la norma administrativa se citan los valores arqueológico y científico como diferentes de los valores histórico y cultural. Sin embargo SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL/SÁEN DE PIPAÓN Y MENGES consideran que desde el punto de vista urbanístico, los suelos de especial protección son una categoría de la clase de suelo no urbanizable. Es decir, es el planeamiento urbanístico el que ordena y regula esta clase y categoría de suelo y, en virtud de ello, la legislación urbanística. La legislación territorial no clasifica el suelo sino que regula los usos globales del mismo; podríamos decir que lo califica pero, en ningún caso, lo clasifica.

En nuestra opinión consideramos que pueden tener cabida dentro del precepto del art. 319.1, tanto los lugares que sean reconocidos legal o administrativamente por sus valores paisajístico, ecológico, artístico, histórico y cultural que estén ubicado en suelo rural de especial protección, como aquellos suelos que el planeamiento<sup>663</sup> considere que por valores sean susceptibles de especial protección, aunque no hayan sido reconocidos legal o administrativamente. En contra de esta opinión se muestra LASO MARTINEZ<sup>664</sup>, que sostiene que resulta preferible reducir el marco de aplicación al suelo de especial protección, reconduciendo el resto del suelo de especial protección al precepto del art. 319.2 del CP. En parecidos

<sup>663</sup>Vid. SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, Javier/ SÁEN DE PIPAÓN Y MENGES, Javier, “*La ciudad objeto de protección penal*”, Editorial LA LEY, edición núm. 1, Madrid, octubre 2009.

<sup>664</sup> LASO MARTINEZ, José Luís, “*Urbanismo y Medio Ambiente en el nuevo Código Penal*”, op. cit., pág. 72.

términos se pronuncia CATALÁN SENDER<sup>665</sup>, que considera que no podrán subsumirse en el tipo delictivo del art. 319.1 las acciones llevada a cabo en suelos distintos a los enumerados en el precepto, por ejemplo en suelo especialmente protegido por su valor meramente agrícola.

La diferencia que existe entre el suelo no urbanizable común y el suelo no urbanizable de especial protección<sup>666</sup>, estriba en que el primero no tiene reconocido valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, es decir, es suelo no urbanizable excluido del área de especial protección y que está destinado a fines agrícolas, forestal, ganadero, cinegético, etc., pudiéndose en este tipo de suelo autorizar únicamente la edificaciones destinadas a explotaciones agrícola<sup>667</sup>. Para BOLDOVA PASAMAR<sup>668</sup> en torno al suelo no urbanizable de especial protección (art. 9.1.ª LS98), queda fuera del alcance del art. 319.1, pero no del art. 319.2, donde se encuadran quedan en principio los suelos catalogados como no urbanizable en razón de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, pero no los suelos calificados como no urbanizables en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público, que hemos entendido subsumibles en el inciso final del art. 319.1 cuando dichos lugares gocen adicionalmente de alguno de los valores del suelo allí específicamente descritos.

---

<sup>665</sup> CATALÁN SENDER, Jesús, *“Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios en el nuevo Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia)”*, Editorial Bayer Hnos. S.A., Barcelona, pág. 482.

<sup>666</sup> STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 1127/2009 de 27 de noviembre.

<sup>667</sup> Vid GÓRRIZ ROYO, Elena, *“Protección penal de la ordenación del territorio”*, op. cit., pág. 941. Es de la opinión que quedarían excluidos del ámbito típico del art. 319.1 C.P., por no verificar el requisito típico al que se hace referencia en su inciso final, aquellos lugares incluidos en suelo no urbanizable pero por presentar valores distintos a los taxativamente enumerado en el precepto penal, como puede ser valores agrícola, forestal ganadero o por su riquezas naturales, que el planeamiento considere necesario preservar.

<sup>668</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *“Los delitos urbanísticos”*, op. cit. pág. 161.

Sobre la prevalencia del suelo no urbanizable de especial protección clasificado por el planeamiento urbanístico sobre usos específicos que sean de interés público o social, se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura<sup>669</sup>, al denegar la autorización de una instalación de un parque eólico, al considerar su incompatibilidad con el planeamiento municipal, al estar clasificados los terrenos donde se pretendía establecer la instalación como suelo no urbanizable de especial protección, con el argumento jurídico que tanto el legislador estatal como el autonómico autorizan la posibilidad de que el suelo rural pueda destinarse a otros fines distintos de los que le corresponden de conformidad con su propia naturaleza, previa declaración de interés o utilidad social, siempre y cuando el planeamiento no establezca condiciones específicas.

En el caso de auto, argumenta la recurrente, que pese a la condición de suelo no urbanizable de especial protección, nada impide que se pueda instalar el parque eólico, que tiene un régimen especial en la normativa sectorial que comporta la declaración de utilidad pública, lo que supone la vigencia prevalente del texto refundido de la Ley del Suelo, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio. La demandante intenta convencer a la Sala juzgadora que las limitaciones que impone la normativa urbanística puede tener justificación en orden a la transformación del suelo rural para su urbanización, pero no así, cuando se trata de servir a la finalidad de generación de energía renovable, que se encuentra amparada por una normativa estatal y comunitaria que la hace prevalecer sobre las previsiones del planeamiento.

---

<sup>669</sup>STSJ de Extremadura, núm.347/2011, de 28 de abril.



En esta *litis* la sala no es ajena al reconocer que el art. 13 del TRLS 2008, establece que en el suelo rural, sin perjuicio de su utilización conforme a su naturaleza, puede con carácter excepcional por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, destinarse a actos y usos específicos que sean de interés público o social por su contribución a la ordenación y al desarrollo rural o porque hayan de emplazarse en el medio rural. Aunque también la Sala no deja de considerar que la producción de energía eólica, por su propia regulación, comporta esa exigencia de interés público o social, que nada impediría que, en principio pudiera destinarse el suelo rural a las instalaciones de este tipo de medio de producción de energía. El propio juzgador trata de justificar la desestimación de las pretensiones de la recurrente a que el legislador estatal no establece una primacía respecto de esos usos de interés social sobre los que ya estableciera la condición de suelo no urbanizable, sino que el mismo precepto condicionaba esos otros destinos a las determinaciones de la planificación territorial y urbanística.

Aunque, si bien el legislador estatal autoriza la posibilidad de que, con carácter de legislación básica, el suelo rural pueda destinarse a otros fines distintos de los que le corresponde conforme a su propia naturaleza, previa declaración de interés o utilidad social, pero siempre y cuando el planeamiento no establezca condiciones específicas. Tampoco pasa inadvertido para el Tribunal lo que disponen los artículos 7 y 8 del TRLS 2008, pues la propiedad del suelo se configura con carácter estatutario, de tal forma que será la Ley, y en su ejecución, el planeamiento, el que determinará las facultades que comporta. En este sentido, también se destaca lo dispuesto en el art. 13.4 de mismo texto refundido, con

naturaleza de legislación básica, que la *utilización de los terrenos con valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos que sean objeto de protección por la legislación aplicable, quedará siempre sometida a la preservación de dichos valores, y comprenderá únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que aquella legislación autorice*. De ahí que en este supuesto concreto se considere la primacía de los valores que el precepto menciona se impongan, en primer lugar, al planificador a la hora de establecer las determinaciones para los terrenos que en ellos concurra, y en segundo lugar, a la hora de habilitar los usos excepcionales que el mismo precepto autoriza para este tipo de suelo, por ello, no existe una primacía absoluta de destino a la producción de energía eólica, cuando existan valores específicos a preservar.

### **III. SUELOS DESTINADOS A VIALES Y ZONAS VERDES COMO OBJETO MATERIAL**

En la ley estatal y en todas las leyes autonómicas que regulan el urbanismo, se contempla que los propietarios de terrenos de suelo urbano que carezcan de urbanización consolidada, deben ceder obligatoriamente y gratuitamente a la Administración todo el suelo que sea necesario para destinarlo a viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas de carácter local.

Para conceptualizar con exactitud lo que se define como viales y zonas verdes nos debemos de remitir a la legislación urbanística de las Comunidades Autónomas que es la competente en materia de ordenación

del territorio, urbanismo y vivienda, pues como bien se puede interpretar de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, esta Ley no es urbanística, sino una Ley referida al régimen del suelo y a la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales a él asociados y cuya competencia la tiene el Estado de la Nación.

Para que podamos hablar de suelo destinado a vial o zona verde se hace necesario que esté incluido en el planeamiento<sup>670</sup> de desarrollo con el objeto de dar cumplimiento a los usos indicados. Se puede dar el supuesto de que la zona verde o el vial no existan realmente, así como que tampoco esté incorporado como dominio público. El artículo 319.1 del Código Penal,<sup>671</sup> no sólo tiende a proteger los suelos que sean viales público o zonas verdes, sino también aquellos suelos que en un futuro estén destinados a este fin público. En este sentido señala MARTOS NÚÑEZ<sup>672</sup>, que la fenomenología criminal del precepto abarca aquellos casos en los que los suelos, aunque no sean zonas verdes o viales, sin embargo, tienen previsto dicho destino en los planes de ordenación o en los supuestos de urbanismo salvaje.

---

<sup>670</sup> El art. 3.1.f) y g) de la Ley Sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956, establecía que, entre las facultades de la competencia urbanística concerniente al planeamiento, está la de formular el trazado de las vías públicas y medios de comunicación y la de establecer espacios libres para parques y jardines públicos en cada polígono, en proporción adecuada a las necesidades colectivas y no inferior a 10 por 100 de la superficie.

<sup>671</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 145. El tipo delictivo alude a *suelos*; en principio, se refiere a la tierra, al terreno. Sin embargo, también se habla en el tipo de *lugares*, término algo más amplio que el anterior, pero que modifica el objeto de la acción porque en realidad a efectos de la ordenación urbanística del suelo se entiende comprendida la superficie del terreno, así como el vuelo y el subsuelo, tanto en su estado natural como transformado. No obstante, lo relevante para el Derecho Penal en relación con este delito es la agresión a esa parte del terreno en la que se fija de modo permanente la base de una construcción o los cimientos de un edificio y que conlleva un cambio de destino, de titularidad o de valor del suelo contrario a su función social.

<sup>672</sup> MARTOS NÚÑEZ; Juan Antonio, “*Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*”, op. cit., pág. 309.

En el derecho actual, nadie pone en duda que las leyes relativas a la ordenación del territorio responden a una necesidad de los tiempos que vivimos, pues no sería concebible hoy un Estado de Derecho en el que estuviera permitido que cualquiera pudiera construir o realizar obras en cualquier clase de terreno conforme a su sola voluntad. El respeto de esas normas se encuentra en la línea de unos intereses públicos que han de tener prioridad sobre los meramente privados.

Para el precepto penal, cuando se habla de vial, también se consideran los de naturaleza privada aunque todavía no estén cedidos e incorporados al dominio público, es decir los viales privados que no han sido todavía cedidos a la administración están considerados como suelos con destino a viales<sup>673</sup>.

Los viales y las zonas verdes proceden del planeamiento urbanístico, en cambio los bienes de dominio público tienen su razón de ser en normas sectoriales ajenas al urbanismo.

Serán viales los usos del suelo de carácter dotacional destinados a los transportes y comunicaciones de personas y cosas, como por ejemplo las calles, carreteras, autovías, autopistas, caminos, etc. En cambio están considerados como zonas verdes los usos dotacionales de espacios libre como parques y jardines, áreas de ocio, expansión y recreo, de titularidad pública o privada.

---

<sup>673</sup>Vid. SÁENZ DE PIPAÓN/Y DEL ROSAL, Javier/SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGS, Javier, “*La ciudad objeto de protección penal*”, Edición núm. 1, Editorial LA LEY, Madrid, octubre 2009. Se debe de entender por suelos destinados a viales, convendremos en que se trata de aquella parte de terreno o finca que según el planeamiento debe ser cedida a la administración para la instalación de una vía pública, así como también los que ya hayan sido cedidos.

Las zonas verdes y viales son los suelos que dan cumplimiento al principio constitucional de participación de la comunidad en las plusvalías que genera la acción urbanística de los entes públicos (art. 47 CE), estando los mismos contenidos en los planeamientos generales como puede ser el Plan General de Ordenación Urbana, o los planes parciales u otros instrumentos de planeamiento de ámbitos territoriales más concretos.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 20 de marzo de 1997, ha derogado casi la totalidad de la Ley del Suelo de 1992, y en concreto los artículos 3.2.e), 68.2, 72 y 87 que definían el concepto de viales, considerando esta sentencia que el Estado no tiene competencias en materia de planeamiento urbanístico, entendiéndose que la misma corresponde a los legisladores de las Comunidades Autónomas. Por ello, para informarnos qué se considera como viales, hay que acudir a la Ley del Suelo de cada Comunidad Autónoma<sup>674</sup> y en su defecto será de aplicación supletoria el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo.

Conviene poner aquí de manifiesto que este elemento del tipo, “*bienes de dominio público*”, aparece en el texto del art. 319.1 del CP unido a otros conceptos semejantes de modo que la presencia de cualquiera de ellos cumple con el requisito de esta figura delictiva, y son los siguientes:

- viales
  
- zonas verdes

---

<sup>674</sup> Vid .GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “*El delito urbanístico (delito relativo a la ordenación del territorio)*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 68.

- bienes de dominio público
- lugar que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos hayan sido considerados de especial protección

Lo prohibido en el art. 319.1 constituye un daño material y físico contra esos intereses públicos, defendidos aquí por un ayuntamiento que vela por que sus vecinos y visitantes puedan disfrutar de unas zonas verdes o bienes de dominio o uso público, en la línea de protección del medio ambiente a cuyo servicio se encuentra la conservación de unos lugares particularmente protegidos por el legislador.

Tiene declarado el Tribunal Supremo<sup>675</sup> que son requisitos del tipo delictivo del art. 319.1 los siguientes:

1º. El sujeto activo ha de ser quien reúna alguna de estas condiciones: promotor, constructor o técnico director.

2º. Ha de tratarse de una construcción no autorizada: la inexistencia de licencia de obras.

3º. Esa construcción no autorizada ha de tener lugar 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.

---

<sup>675</sup> STS ( Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 335/2009 de 6 de abril

4º. Como en todos los delitos dolosos ha de concurrir dolo en cualquiera de sus clases: directo de primer grado o intención, o dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, o dolo eventual.

Después de la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, el artículo 319.1 primeramente castiga a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales y zonas verdes. Llama la atención que el legislador diferencie estos lugares de los bienes públicos<sup>676</sup>, porque a fin de cuentas cuando los viales y zonas verdes afecten al uso público, ingresarán en el demanio público, que se producirá cuando la cesión de esos terrenos por derecho pasen a la administración actuante<sup>677</sup>.

---

<sup>676</sup>Vid. ORTEGA MONTORO, Rodrigo, "Los delitos contra la ordenación del territorio en el Código Penal de 1995" Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-326, tomo 6, Editorial LA LEY: El tipo realiza una enumeración de los supuestos sobre los que puede recaer la conducta delictiva, que pueden agruparse en dos bloques. Por un lado, en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público. La distinción efectuada parece, a todas luces, superflua e innecesaria, ya que los viales y zonas verdes se incluirían en los llamados "bienes de dominio público". Y, por otro lado, "o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismo motivos hayan sido considerados de especial protección". Se exige, pues, un reconocimiento legal o administrativo; ya sea mediante ley o a través de Decreto, o incluso por un Plan de ordenación.

<sup>677</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, "Protección penal de la ordenación del territorio", op. cit., pág. 947: Una vez que los viales y las zonas verdes son cedidos a la Administración competente, -por ejemplo los adquiere un Ayuntamiento-, pasan a ser bienes de dominio público, si bien la diferenciación que se hace en el art. 319. C.P. no debe ser entendida como redundante sino como especificativa, porque, cabe integrar estos objetos materiales con viales o zonas verdes no actuales sino proyectadas en el planeamiento de manera que todavía sean de titularidad privado. Vid. también, ACALE SÁNCHEZ, María, "Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo", op. cit., pág. 230. Durante la tramitación parlamentaria del Código Penal en 1995, se afirmó que la inclusión dentro del art. 319 tanto de los suelos destinados a zonas verdes y viales, por un lado, y de bienes de dominio público, por otro, no era más que una mera reiteración pues, según se afirmaba, los primeros estarían incluidos dentro del concepto más amplio de dominio público.

Vid. (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 6 junio de 1995, 512, pág. 15.609). La justificación del Diputado Barrero López, sobre la tipicidad a los suelos destinados a viales y zonas verdes en del Debate sobre la tramitación parlamentaria del Código Penal, en la Comisión de Justicia e Interior, fue la siguiente: Hay, además, dos supuestos que están contemplados en otros apartados del Código, como es el supuesto de que se solicite la licencia con falsedad, bien en documento privado o

A favor de esta teoría se manifiesta BLANCO LOZANO<sup>678</sup> cuando alude en referencia a suelos destinados a viales, zonas verdes y bienes de dominio público, que es totalmente vana, por cuanto se trata también en resumidas cuentas de lugares que gozan de una especial protección legal o administrativa que encontrarán perfectamente cabida en este último inciso.

En parecidos términos se pronuncia SÁNCHEZ DOMINGO<sup>679</sup>, al no compartir la tesis de los autores que creen conveniente la omisión de la referencia a viales y zonas verdes por estar incluida en el término más amplio de dominio público, pues para esta autora encuentra una razón tan obvia como es la de que tanto los viales como las zonas verdes pueden adquirir el significado de bienes de dominio privado.

---

público, o los supuestos de desobediencia cuando no se atienen a las resoluciones de la autoridad. No parecía lógico que esto apareciera en los supuestos de transgresión de la figura de protección de la ordenación del territorio, que es a lo que se refiere el artículo 305. No debe preocuparle el carácter casi teórico de este artículo, porque, si se lee bien, a lo que se refiere es a los suelos destinados a viales o zonas verdes, no sólo a los suelos donde hay zonas verdes o viales (que también), donde parece evidente que cualquier actuación sobre los mismos es fácilmente contemplada, inspeccionada por las distintas corporaciones y rápidamente frenada. Es decir, se refiere, igualmente, a aquellos suelos destinados a viales o zonas verdes, repito. Aquellos, por ejemplo, que en un plan general o en un plan parcial, sometido a aprobación y aprobado definitivamente por la correspondiente corporación local, o comisión provincial de urbanismo, o autonomía, en su caso --depende de las competencias--, están destinados ya --es una figura jurídica-- a ser vial o suelo verde y no es posible la construcción en ellos. No está todavía configurado a nivel de hecho, sino exclusivamente a nivel normativo, y, sin embargo, es conocido (porque tiene obligación a través de la información pública que requieren todo este tipo de ordenamientos y su aprobación) por la opinión pública, por los ciudadanos, y cabría el supuesto a que se refiere su señoría. Por tanto, se trata de los suelos destinados, bien porque ya lo están o porque se les destina como consecuencia de la aprobación de los planes de ordenación, como bien sabe su señoría. El supuesto, no le quepa duda, no es en absoluto teórico. Se está dando, además, de manera bastante continuada, fundamentalmente en suelos pertenecientes a ayuntamientos pequeños y medianos. En base a esos hechos quería yo que configuraba su enmienda precisamente el señor Pillado, porque las dificultades de urbanismo se dan en este tipo de corporaciones, que no tienen la capacidad de inspección, la capacidad de freno e incluso la capacidad de demolición administrativa, para solventar estos problemas. Pero, de no tener este tipo de supuestos --que por otra parte pueden pedir la subrogación a organismos superiores de carácter administrativo para que les ayuden en ello--, a pasar a la sanción penal, me parece un paso excesivo que no deberíamos cubrirlo, a mi entender, aprovechando el trámite del título XIII.

<sup>678</sup> BLANCO LOZANO, Carlos, “*Delitos Urbanísticos*”, op. cit., pág. 120.

<sup>679</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, “*Delitos Urbanísticos*”, op. cit., pág. 150.



A nuestro juicio entendemos que el legislador haya querido diferenciar estos dos grupos de suelo de forma separada, porque a efectos penales pueden ser objeto material distinto, dado que las zonas verdes y los viales pueden ser bienes de dominio privado, hasta tanto en cuanto una futura urbanización no sea recepcionada por el Ayuntamiento actuante<sup>680</sup>. Es necesario poner de manifiesto que además de los viales y zonas verdes que están integrados en el demanio público, entendiendo los que están cedidos a la administración actuante, también hay que considerar como tales los viales y zonas verdes que están proyectados en un plan de desarrollo pendiente de formar parte del dominio público en un futuro. Sobre este respecto manifiesta RENART GARCÍA<sup>681</sup>, la perplejidad que produce la mención a los viales y a las zonas verdes cuando, por regla general, éstos integran el dominio público municipal, suelo asimismo contemplado en el precepto. No obstante, la explicación de esta supuesta redundancia debe hallarse en la expresión “*suelos destinados a*” y en la correcta interpretación de la misma como suelo urbanizable; es decir, nos hallamos antes viales y zonas verdes aún no existente sino simplemente proyectados en el PGOU y, por consiguiente, todavía no adquiridos por el Ayuntamiento. Una vez realizada la adquisición, no cabe duda de que

---

<sup>680</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, “*Derecho penal. Parte especial*”, op .cit., pág. 574. Por la improbabilidad misma de su fenomenología, difícilmente se darán supuestos en que la construcción tengan lugar en plena calle, en jardines o en espacios monumentales. Los supuestos en que normalmente será de aplicación el precepto serán aquellos en los que los suelos, no siendo aún zonas verdes o viales, tengan previsto dicho destino en los correspondientes planes de ordenación o en los casos de construcción en zonas de reconocido valor paisajístico o ecológico.

<sup>681</sup> RENART GARCÍA, Felipe, “*Urbanismo y derecho pena. Una aproximación a la problemática del tipo de injusto del art. 319.1 del Código Penal*”, Revista Doctrina y Jurisprudencia (Madrid), Año II. Núm. 42 (Semana del 20 al 26.11.2001), pág. 11-22.

integrarían la categoría de bienes de dominio público de acuerdo con lo establecido en el art. 339.1 del Código Civil<sup>682</sup>.

En nuestra opinión en estos tipos de suelo también deben de incluirse al efecto del tipo delictivo del art. 319.1, las vías interiores y las zonas verdes privadas que estén previstos en el planeamiento de aplicación y no estén aún integrados en el demanio público<sup>683</sup>.

### **1. Modo de integración de los viales y zonas verdes en el demanio público**

Corresponde al planeamiento la regulación de los suelos destinados a dotaciones con la misión de cumplir el uso o servicio público para la utilización con el objeto de ser disfrutados por todos los ciudadanos. Este suelo dotacional es la cesión obligatoria y gratuita que efectúan los propietarios a favor de la administración actuante para su destino a viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas para servir al ámbito de desarrollo en el que sus terrenos resulten incluidos.

El art. 16.1 a) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, dispone que las actuaciones de transformación urbanística comportan, según su naturaleza y alcance, entre otros deberes legales, la de entregar a la Administración competente el suelo reservado para viales, espacios

---

<sup>682</sup> Art. 339.1 del CC, Son bienes de dominio público: Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos.

<sup>683</sup> Vid LASO MARTINEZ, José Luís, “Urbanismo y Medio Ambiente en el nuevo Código Penal”, op. cit., pág. 56, Los viales y las zonas verdes privadas también deberían incluirse en el tipo penal, porque el planeamiento recoge expresamente la zonificación como zona verde, aunque sea de titularidad privada.

libres, zonas verdes<sup>684</sup> y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscrita a ella para su obtención.

Esta cesión tiene su lógica, pues este suelo adquirirá la situación de suelo urbanizado cuando se integre de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población, y eso ocurrirá cuando las parcelas, estén o no edificadas, cuenten con las dotaciones y los servicios que requiera las leyes del urbanismo.

De conformidad con lo establecido en el art. 12.3 del TRLS 2008, para que el suelo alcance la situación de urbanizado es requisito necesario que cuente con las dotaciones y los servicios con el fin de que quede integrado de forma real y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población, de modo que las parcelas resultantes puedan contar con ellos sin otras obras que las conexiones a las instalaciones en funcionamiento. De ahí que sea deber del promotor la cesión del suelo para su destino a redes viales, espacios libres, zonas verdes y demás dotaciones públicas que se integrarán y formarán parte del dominio público.

Para que sea posible la cesión del promotor a la administración actuante del suelo necesario para vial o zonas verdes, es necesario que esté contemplado en el PGOU<sup>685</sup>, materializándose a través de la figura de la

---

<sup>684</sup> Según el art. 46 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana, las cesiones obligatorias y gratuitas en suelo urbano se hará a favor del municipio y consistirán en la total superficie de terrenos destinados a viales, parques, jardines públicos y centro de educación general básica al servicio del polígono o unidad de actuación correspondiente, según las localizaciones o emplazamiento señalados.

<sup>685</sup> Vid. MARTOS NÚÑEZ; Juan Antonio, “*Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*”, op. cit. 309. La adscripción de ciertos suelos a los destinos contemplados por la norma: viales, zonas, bienes de dominio público, se realiza a través de los Planes, de distintos carácter y ámbito.

reparcelación, con agrupación de las fincas que estén comprendidas en la unidad de actuación correspondiente para la nueva división, para posteriormente proceder a la adjudicación de las parcelas resultantes a los interesados en proporción a sus respectivos derechos. La reparcelación tendrá como consecuencia la trasmisión a la Administración actuante, en pleno dominio y libre de cargas de todos los terrenos de cesión obligatoria para su incorporación al patrimonio público de suelo, o su afectación a los usos previsto en el planeamiento. Para DE LA CUESTA AGUADO<sup>686</sup>, la determinación y establecimiento de las zonas verdes compete al Plan General Municipal de Ordenación Urbana, y como tales se integran en el dominio público municipal, pero el tipo penal incluye también los suelos destinados a estos fines; es decir, aquellos que tan solo están proyectados en el PGOU aunque no hayan sido adquiridos por el Ayuntamiento siempre que exista una declaración formal previa de los mismos.

## 2. Vial como suelo protegido

Se pueden conceptualizar los viales a efectos de protección del art. 319.1<sup>687</sup> CP, como las dotaciones urbanísticas, constituidas por espacios delimitados y definidos por sus alineaciones y rasantes, y destinados a la estancia, relación, desplazamiento y transporte de la población, así como el

---

<sup>686</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz, *“Derecho Penal español. Parte especial (II)”*, op. cit., pág. 975.

<sup>687</sup> SAP de Jaén de 4 de septiembre de 2000. Se considera típica la conducta de una edificación tipo valla realizada por el condenado frente a su domicilio creando un patio delantero para uso privado, utilizando terreno que era un vial, con una extensión de 6,40 metros de largo por 2,50 metros de ancho, con apropiación de 30 por 100 del ancho total de la vía pública.

SAP de Murcia de 7 de septiembre de 2005, también considera típica la ejecución de obras para la realización de un porche de 5 m<sup>2</sup> con cubierta de teja y vallado de 5 metros de largo invadiendo suelo destinado a viales públicos.

transporte de mercancías, es decir, son espacios donde las personas desarrollan los movimientos, los espacios donde se mueven los vehículos de transportes<sup>688</sup>, así como también las zonas de aparcamiento donde pueden permanecer estos vehículos<sup>689</sup>.

Es frecuente la construcción sin licencia en viales debido a la imprecisión en las alineaciones, por las circunstancias de la realización a escalas muy poco precisas, y sobre bases topográficas erróneas de muchos planes de urbanismo, siendo la conducta del infractor, carente del dolo requerido por el tipo delictivo.

En nuestra opinión también debe tenerse dentro de la conceptualización de viales las vías pecuarias<sup>690</sup>, como las zonas de carretera<sup>691</sup> afectadas para la conservación o explotación del servicio

---

<sup>688</sup> El artículo 87 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, que fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 61/1997, establecía la protección de las vías de comunicación, al disponer que la protección en el orden urbanístico de las vías de comunicación, en cuanto se refiere a la restricción del destino y del uso de los terrenos marginales, permitirá: a) Dividir los terrenos en zonas de utilización, edificación, vegetación y panorámicas. b) Prohibir o limitar, de acuerdo con la legislación vigente, el acceso directo a las fincas desde la carretera. c) Señalar distancias mínimas para la desembocadura de otras vías. d) Disponer el retranqueo de las edificaciones como previsión de futuras ampliaciones y el establecimiento de calzadas de servicio. e) Ordenar los estacionamientos y los lugares de aprovisionamiento y descanso. f) Mantener y mejorar la estética de las vías y zonas adyacentes.

<sup>689</sup> Vid. DE LA CUESTA AGUADO, Paz, *“Derecho Penal Español. Parte Especial (II)”*, op. cit., pág. 974. Son viales los espacios destinados a usos dotacionales para el transporte y las comunicaciones, tanto en movimiento como estacionado.

<sup>690</sup> Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, *“Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido escrito. El artículo 319 del Código Penal”*, op., cit., pág. 224: Los suelos destinados a viales, a efectos del artículo 319.1, se considerarán aquella parte del terreno o finca que según el planeamiento debe ser cedida a la Administración para la instalación de una vía pública, siendo de titularidad privada; así como los viales que ya han sido cedidos e incorporados al demanio público. Dentro del concepto *“suelos destinados a viales”*, se incluyen también los suelos destinados a vías pecuarias, reguladas en la Ley 3/1995 de 23 de marzo de Vías Pecuarias; la normativa autonómica debe establecer su régimen jurídico, por lo que se habrá de apreciar la existencia de los suelos destinados a esas vías. Al igual, tenemos que tener en cuenta la Ley 25/1988, de 29 de julio, reguladora de Carretera y Caminos para delimitar con precisión el concepto de *“suelos destinados a viales”*, el artículo 21.1 establece que pertenecen al dominio público los terrenos ocupados por carretera estatales y sus elementos funcionales.

<sup>691</sup> Vid. Artículo 21. 1 y 2 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras.

público viario, como por ejemplo, las zonas de descanso, las destinadas a la atención médica de urgencia, pesaje, paradas de autobuses y las zonas destinadas al descanso de los conductores. Sobre este extremo se pronuncia NÁRVAEZ RODRIGUEZ<sup>692</sup>, al considerar que otra área importante en materia de viales la constituyen las vías pecuarias, que quedan encuadradas también en la acepción amplia de viales. Para otros autores, como BLANCO LOZANO<sup>693</sup>, quién considera como suelo destinados a viales, aquellos terrenos de uso dotacional para el transporte y las comunicaciones, esto es, destinados al desarrollo del movimiento de personas y vehículos de transporte o bien al estacionamiento de los mismos, integrado así la denominada red viaria, la cual se halla destinada a facilitar el movimiento de peatones (sendas peatonales y aceras), bicicletas (carril-bici, en su caso), motocicletas, automóviles y medios de transportes colectivo en superficies habituales de las áreas urbanas (autobuses, tranvías, metros, etc.), o periurbanas (trenes de cercanías, ferrocarriles, puertos, aeropuertos), así como al establecimiento de cualquier clase de vehículos. En parecidos términos se pronuncia DOMINGUEZ LUIS<sup>694</sup>, cuando señala que son viales los usos dotacionales para el transporte y las comunicaciones, es decir, los espacios sobre los que se desarrollan los movimientos de las personas y los vehículos de transporte, así como los que permiten la permanencia de éstos estacionados, integrando así la denominada red viaria destinada precisamente a facilitar el movimiento de los peatones, bicicletas,

---

<sup>692</sup> NARVAÉZ RODRÍGUEZ, Antonio, “*Los delitos de ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística*”, en *Actualidad Penal*, núm. 16. Año: 1997.

<sup>693</sup> BLANCO LOZANO, Carlos, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit. pág. 114.

<sup>694</sup> DOMINGUEZ LUIS José Antonio, “*Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva: (delitos de riesgo catastrófico e incendios)*”, pág. 39, Editorial Bosch, Barcelona, 1999.

automóviles y medios de transporte colectivo en superficie habituales en áreas urbanas, así como el estacionamiento de vehículos.

Para poder hablar de suelos destinados a viales, es requisito que los mismos estén así recogidos en el planeamiento<sup>695</sup> y que además estén determinados a equipamiento públicos, siendo el planeamiento el instrumento necesario que concrete el aprovechamiento urbanístico. En este sentido se pronuncia el art. 29.1 del Real Decreto 2159/1998, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento para el Desarrollo y Aplicación de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, al disponer que: *“en suelo urbano, los Planes Generales contendrán, además de las determinación de carácter general, las siguientes: Delimitación de los espacios libres y zonas verdes destinados a parques y jardines públicos, así como de las zonas deportivas, de recreo y expansión también públicas”*.

El origen de estos terrenos proviene de las cesiones obligatorias<sup>696</sup> de los propietarios que precedan a las actuaciones de transformación urbanística, pues entre los deberes de estos están la obligación de entregar a la Administración actuante el suelo reservado para viales, espacios libres,

---

<sup>695</sup> Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, *“Delitos urbanísticos”*, op. cit., pág. 152. La existencia de estos suelos sólo puede proceder de los Planes Generales de Ordenación, siendo el PGOU el que los establece.

<sup>696</sup> Establece el artículo 46.1 y 2 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana.1. Los propietarios de suelo afectado por una actuación urbanística están obligados a llevar a efecto las cesiones gratuitas de terrenos que establece la Ley del Suelo para cada una de los tipos y categorías de suelo en los términos que resulten del Plan general y de cada uno de los Planes que lo desarrollen.2. Las cesiones obligatorias y gratuitas en suelo urbano se harán en favor del municipio y consistirán en la total superficie de terrenos destinados a viales, parques, jardines públicos y centros de educación general básica al servicio del polígono o unidad de actuación correspondiente, según las localizaciones o emplazamientos señalados en el Plan.

zonas verdes, y restante dotaciones públicas, cuyo porcentaje, con carácter general, no será inferior al 5 por ciento ni superior al 15 por ciento.

Establece el art. 16 del TRLS 2008 *que la legislación sobre la ordenación territorial y urbanística podrá permitir excepcionalmente reducir o incrementar este porcentaje de forma proporcionada y motivada hasta alcanzar un máximo del 20 por ciento en el caso de su incremento, para la actuaciones o los ámbitos en los que el valor de las parcelas resultantes sea sensiblemente inferior o superior, respectivamente, al medio en los restantes de su misma categoría de suelo.*

Como antes se ha apuntado, el objeto material donde se puede cometer el ilícito penal, son los viales<sup>697</sup> y zonas verdes integradas en el demanio público como lo que están proyectados en el Plan General y aun no forman parte del dominio público<sup>698</sup>. En el mismo sentido se pronuncia CONDE PUMPIDO TOURÓN<sup>699</sup>, al considerar, que además de ser delictivo ejecutar obras en una calle, también lo es realizarlas en el lugar donde el planeamiento tiene proyectado, o lo haya destinado a la construcción de un vial, aunque en el momento de la construcción aparentemente sea un solar. En sentido contrario se pronuncia ACALE SÁNCHEZ<sup>700</sup>, que entiende que al aceptar que los suelos destinados a

---

<sup>697</sup> SAP de Jaén (Sección 1ª), Sentencia núm. 144/2000, de 14 de septiembre, condena al acusado como autor de un delito sobre la ordenación de territorio, previsto y penado en el art. 319.1, por construir una obra sin licencia ocupando un vial en un 30% haciendo la calle prácticamente inaccesible.

<sup>698</sup> Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luí, “*Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995*”, Actualidad Penal, 1998, Ref. XVI, pág. 309, Tomo 1, Editorial LA LEY, en el artículo 319.1 la determinación de qué suelos están destinados a viales, zonas verdes o bienes de dominio público abarca también a los que todavía no han sido objeto de actuación, por lo que requerirá la consulta de normas muy diversas y del planeamiento urbanístico de la zona respectiva.

<sup>699</sup> CONDE PUMPIDO TOURÓN, Cándido, “*Los delitos urbanísticos relativo a la ordenación del territorio*”, Revista de Derecho Judicial, 1998, (X): 145-193, 32 REF.

<sup>700</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Delitos urbanísticos*”, op., cit., pág. 255.



viales y zonas verdes, son aquellos que proporcionalmente hayan de ceder los propietarios al Ayuntamiento para ser objeto de la reparcelación urbanística, el elemento típico es, por tanto, un vial o zona verde no actual sino así proyectado en el PGOU, todavía no adquirido por el Ayuntamiento, porque si está ya adquirido por el Ayuntamiento entonces, será bien de dominio público.

### 3. Zona verde

Antes de adentrarnos en el estudio de zonas verdes haremos una breve referencia al concepto de espacios libres. Esta institución urbanística, aunque ya se contenía en la decimonónica Ley de Ensanche, tomó carta de naturaleza en la Ley del Suelo de 1956<sup>701</sup>, preocupándose esta disposición por la problemática de la escasez de terreno con destino a espacios libres para el embellecimiento y de las condiciones sanitarias de los núcleos de población.

En la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 1956, se contenía que debía ser el planeamiento la base fundamental de la ordenación urbana, por ello, se estableció en su art. 3.1 f) y g) que el propio planeamiento tuviese facultad de formular el trazado de la vías públicas y medios de comunicación, así como el establecimiento de los espacios libres para parques y jardines en cada polígono no inferior al 10 por 100 de la superficie. Sobre este particular se pronuncia PUCHALT RUIZ<sup>702</sup>, al

---

<sup>701</sup> Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956.

<sup>702</sup> Vid. PUCHALT RUIZ, Marcos, “*Notas de jurisprudencias y doctrina legal sobre zonas verdes y espacios libres*”, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 18, Sección Comentarios de jurisprudencia, Quincena del 30 de sep. al 14 de oct. 2012, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos.

señalar que la Ley de 12 de mayo de 1956 ya mencionaba las zonas verdes y los espacios libres como elementos de mejora en la calidad de la ordenación urbanística; sin embargo, esta Ley no tipificaba qué cantidad o proporción de estos espacios debían preverse en el planeamiento. Esta ley confió demasiado en la bondad de los planificadores y dejaba al albur de éstos la creación de espacios dotacionales para el disfrute de la población y el embellecimiento de las ciudades, de ahí que existan en nuestro país las horrendas ciudades de los años 60 y 70 donde todo el espacio creado se destinaban a la edificabilidad privada para dar respuesta, en gran parte, al fenómeno migratorio.

Para GÓMEZ FERRER MORANT<sup>703</sup>, la calificación de espacio libre comprende no sólo los terrenos destinados a viales, parques y jardines sino, también los espacios privados que han de quedar libres de edificación de acuerdo con la ordenación aprobada, al señalar ésta un índice de ocupación de la parcela inferior a la totalidad de la misma, y es por ello por lo que existen argumentos para estimar que jurídicamente, la zona verde es una especie de categoría de espacio libre con la que se designan a aquellos que, según la ordenación, están destinados a convertirse en espacios verdes públicos o privados. Sin embargo para SÁENZ DE PIPAÓN y DEL ROSAL/SÁEN DE PIPAÓN y MENGES<sup>704</sup>, en referencia a la fundamentación sociológica de las zonas verdes, se trata de una respuesta dirigida por estímulos conservadores y que apunta a una naturalización de la ciudad mediante la creación de zonas verdes y de ocio en cuanto

---

<sup>703</sup> GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, *“Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico”*, Editorial Tecno, Madrid 1971, pág. 39.

<sup>704</sup> SAÉNZ DE PIPAÓN y del ROSAL, Javier/SAÉNZ DE PIPAÓN y MENGES, Javier, *“La ciudad objeto de protección penal”*, edición núm. 1, Editorial LA LEY, Madrid, octubre 2009.

espacios en que destaca más lo natural que lo arquitectónico, que tienen el carácter de abiertos y públicos, con lo que se traslada a la vida civilizada valores propios de la naturaleza, mediante la incorporación de equipamientos necesarios de carácter público. Se trataría, en definitiva, de reservas de espacios libres para uso público destinado a parques, jardines, reposo, disfrute ambiental, recreo, deporte y ocio, así como las dotaciones y equipamientos correspondientes.

En nuestra opinión, las zonas verdes son una categoría urbanística de los espacios libres<sup>705</sup>, que incluyen los espacios libres y zonas deportivas de recreo y expansión, así como las dotaciones destinadas al ocio, reposo y calidad ambiental. Aún así, hay quien confunde<sup>706</sup> los conceptos de zona verde y espacios libres, y hay otros que opinan en sentido inverso, es decir, lo consideran al revés, que los espacios libres están incardinados dentro de la zona verde<sup>707</sup>. Todo esto se debe a la poca claridad con que se define el concepto de zona verde en la normativa urbanística, pues como ocurría en la derogada Ley 1/1997, del Suelo de Galicia, aparecía en algún precepto la equiparación entre espacio libre y zona verde. Por ello, entendemos que le corresponde a los legisladores de las Comunidades Autónomas<sup>708</sup> realizar

---

<sup>705</sup> Vid. BLANCO LOZANO, Carlos, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit. pág. 116: La distinción categorial entre zona verde y espacios libre, a pesar de ser aquella una categoría de este la llega hacer confusa la farragosidad y prolija complejidad que caracteriza muchas veces a nuestra normativa administrativo-urbanística complicando en consecuencia en demasía la interpretación e integración de tipo penal en juego.

<sup>706</sup> Vid. BLANCO LOZANO, Carlos, “*idem*”, op. cit. pág. 116: Por efecto del confusionismo normativo, se llega a desvirtuar y a confundir en grado sumo los conceptos de zona verde y espacio libre. De este modo, no han faltado interpretaciones administrativo-urbanística que han llegado al dislate total, esto es, a considerar precisamente la relación contraria ente una y otra categoría, como es conceptuar el espacio libre como un subgénero dentro de la zona verde.

<sup>707</sup> Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago “*Revisión de planes de urbanismo y modificación de las zonas verdes y espacios libre*”, REDA (Revista Española de Derecho Administrativo), núm. 17, 1978, pág. 181.

<sup>708</sup> Vid. GARCÍAS PLANAS, Gabriel “*El artículo 319.1: Construcción no autorizada en espacios protegido*”, Colección Urbanismo y Medio Ambiente, Oñati, 1998, pág. 41, entiende que tras la

con precisión, así como fijar el criterio de zona verde, y supletoriamente en su defecto corresponde a la legislación del Estado concretar estos tipos de terrenos.

Los suelos destinados a zonas verdes<sup>709</sup> son calificados como de carácter dotacional en el marco de los sistemas generales, siendo uno de los elementos fundamentales de la estructura general de la ordenación del territorio que establece el Plan General, en este sentido se manifestaba el texto refundido de la Ley del Suelo de 1992, que fue declarado inconstitucional<sup>710</sup>, que establecía en su art. 72.2 d) que: *“Los Planes Generales Municipales de Ordenación o Instrumentos de Planeamiento análogos que puedan prever las Comunidades Autónomas contendrán las determinaciones pertinentes para asegurar la aplicación de las normas contenidas en esta Ley en lo que se refiere a valoraciones y al régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Con base en este objetivo, contendrán entre otros las siguientes determinaciones: Estructura general y orgánica del territorio integrada por elementos determinantes del desarrollo urbano y, en particular, los sistemas generales de comunicación y sus zonas de protección, de espacios libres destinados a parques y zonas verdes públicos, en proporción no inferior a cinco metros cuadrados por*

---

Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo de 1997, queda claro que corresponde al legislador autonómico fijar el criterio de zona verde. Incluso se ha declarado contrario a la Constitución el clásico criterio de que la superficie de las zonas verdes debía ser, como mínimo, de cinco metros cuadrados por habitantes.

<sup>709</sup> Vid. DOMINGUEZ LUÍS, José Antonio/FARRÉ DÍAZ, Esteban, *“Los delitos relativos a la ordenación del territorio”*, op. cit., pág. 104. La zona verde constituye una categoría específica de la otra más genérica denominada espacio libre, entendiendo por espacio libre el suelo calificado expresamente como tal por un Plan General o Parcial o Programa de Actuación Urbanística en el contexto de sus determinaciones sustantiva específicamente dirigidas al diseño del sistema de espacios libres del ámbito territorial ordenado y que, por tanto, forma parte integrante de este sistema.

<sup>710</sup> Vid. STC núm. 61/1997.

*habitante, y de equipamiento comunitario. Asimismo en suelo clasificado como urbano contendrán la delimitación de los espacios libres y zonas verdes destinados a parques y jardines públicos, zonas deportivas, de recreo y de expansión, públicas y privadas”.*

La protección que dispensa los tribunales penales, se ve también reforzada por la tutela que estos espacios les brinda el Derecho Urbanístico, como suele suceder en la nulidad radical de licencias concedidas en zonas verdes, así como la no caducidad para el restablecimiento de la legalidad urbanística alterada. En este sentido se ha pronunciado también el Consejo de Estado en su Dictamen 3188/2002, que ha importado a su doctrina legal la cláusula *stand still*, que es propia del Derecho comunitario, cuando se procede al examen de los planes que suponen una minoración de superficie de zonas verdes o espacios libres, sin que estos espacios, salvo excepciones y por el interés general, puedan ser minorados. Concretamente en este Dictamen se contiene que debe señalarse que a la hora de modificar los instrumentos de planeamiento, la potestad de la Administración no es omnímoda cuando recae sobre zonas verdes, debiéndose respetar siempre el arquetipo mínimo legal

Nuestros tribunales en los casos de minoración de zonas verdes vienen atenuando la discrecionalidad administrativa, exigiendo el *ius variandi* cuando estemos en presencia de un potente interés público unido a una fuerte motivación de la propuesta de planeamiento. Ejemplo de esta atenuada discrecionalidad lo tenemos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2011<sup>711</sup>, que anula la implantación por parte de la

---

<sup>711</sup> STS (Sección 5ª), Sala de lo Contencioso Administrativo, de 13 de junio de 2013, Recurso de Casación 4045/2009. Ponente la Excm. Srª Dª. María del Pilar Teso Camella.

Universidad de Sevilla de ubicar en la zona verde (Prado de San Sebastián) la biblioteca universitaria, con el entendimiento de que por muy loable que sea la implantación de esta dotación educativa, el interés público que lo envuelve no es lo suficientemente poderoso como para eliminar una zona verde. La Sala, en este caso concreto, considera que la libertad del planificador no desaparece ante las zonas verdes, pero sí se reduce considerablemente, pues esa libertad esta limitada únicamente en los supuestos en los que se advierta una potente presencia de los intereses generales que demanden la reducción de zona verde. Para el juzgado, los intereses universitarios no resultan incompatibles, ni se ven perjudicados con el mantenimiento de la zona verde y el emplazamiento de la biblioteca en otro lugar. El interés público presente en dichas zonas verdes, concebidas para el uso y esparcimiento general de todos los vecinos, resulta no imposible pero si difícil de abatir.

#### **4. Zona verde como suelo protegido**

Como se aludió al comentar el significado de viales, para integrar la zonas verdes<sup>712</sup> en el precepto del art. 319.1 del CP, será relevante la ejecución de obras de urbanización, construcción o edificación no

---

<sup>712</sup>Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op.cit., pág. 150: En la práctica se considera aún más difícil e improbable realizar esta conducta sobre zonas verdes, a no ser que éstas no estén deslindadas o replanteadas sobre el terreno lo que nos conduciría de nuevo al terreno de las imprudencias penalmente no punibles. Vid., también, SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido escrito. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág. 224, declara que la conducta que consiste en llevar a cabo una construcción en un vial no es poco frecuente, suele darse en pequeños municipios, por imprecisión de alineaciones, de manera que se construye sobre una parte del vial, normalmente se produce por falta de información o error. Debido a ello, en el ámbito penal se suele excluir la tipicidad de las conductas que consisten en la ocupación nimia de los viales.

autorizables en los suelos destinados a zonas verdes<sup>713</sup> previstos en el Planeamiento, aunque puede darse el caso de que no sean actuales, o integradas en el demanio público, como pueden ser los parques y jardines públicos, suelos de recreo, deportes, y ocio en general. La expresión “*no autorizable*” significa que la acción típica referenciada, nunca podría ser legalizada sobre zonas verdes o espacios libres, por su inherente inedificabilidad; ni incluso con una modificación de planeamiento porque la conducta típica ya se habría realizado como consecuencia de la Ley penal en el tiempo<sup>714</sup>.

En principio, parece que la conducta ilícita de llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación, está sancionada tanto en el precepto penal del art. 319.1 del CP, como en el artículo 76.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística, con la diferencia<sup>715</sup> de que en éste último precepto administrativo se integran un mayor número de suelos, dado que se contiene que *la sanción se impondrá en su grado máximo cuando la actuación se refiera a suelos destinados a viales, parques y jardines públicos, zonas deportivas de recreo y expansión y equipamiento*.

La jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal tiene declarado que en el derecho actual nadie pone en duda que las leyes relativas a esta materia (ordenación del territorio) responden a una necesidad de los tiempos que

---

<sup>713</sup> Vid. DE LA CUESTA AGUADO, Paz, “*Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*”, op. cit., pág. 974. Zonas verdes serán las zonas urbanas dotadas (quizá con vegetación) destinadas a fines fundamentalmente recreativos.

<sup>714</sup> Vid PUCHALT RUIZ, Marcos, “*Notas de jurisprudencias y doctrina legal sobre zonas verdes y espacios libres*”, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 18, Sección Comentarios de jurisprudencia, Quincena del 30 de sep. al 14 de oct. 2012, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos.

<sup>715</sup> Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido escrito. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág. 217.

vivimos, pues no sería concebible hoy en un Estado de Derecho que estuviera permitido que cualquiera pudiera construir o realizar obras en cualquier clase de terreno conforme a su sola voluntad. El respeto de esas normas se encuentra en la línea de unos intereses públicos que han de tener prioridad sobre los meramente privados<sup>716</sup>. Para SÁNCHEZ ROBERT<sup>717</sup>, existe un aparente solapamiento normativo entre ambos preceptos, que puede salvarse en atención a las diferencias estructurales que presentan, tomando como dato básico el tipo penal que exija la ausencia de autorización para llevar a cabo estas construcciones. Este conflicto entre norma penal y administrativa se inclinaría a favor del tipo penal, pues la autoridad administrativa competente para imponer la sanción, está obligada a poner en conocimiento de los tribunales de justicia estos hechos (artículo 56 RDU), que en virtud del principio de preferencia de la jurisdicción penal tiene atribuida la prioridad para enjuiciar la responsabilidad penal en que se haya podido incurrir, garantizando con ello la salvaguarda de la prohibición del “*non bis in ídem*”.

De conformidad con lo establecido en el art. 25.2 de la Ley de Bases del Régimen Local, corresponderá a los ayuntamientos a través del planeamiento general concretar los espacios con destinos a zonas verdes.

Las zonas verdes que tipifica el art. 319.1 del CP están consideradas como el espacio que existe en el contexto urbano, no necesariamente el suelo desprovisto de construcciones, que atentan al fin al que están

---

<sup>716</sup> STS (Sección 1ª), Sentencia 335/2009.

<sup>717</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*” op. cit., pág. 225.



destinados<sup>718</sup>. Estos suelos, a efectos de integrar el art. 319.1 del CP, serán penalmente relevantes en el planeamiento como los espacios verdes que pertenecen al demanio, como parques y jardines públicos, terrenos de reposo ambiental, recreo, deportes, ocio en general y las dotaciones y equipamiento.

Igual que se dijo al referirnos a los viales, el art. 319.1 del C.P., integra también las zonas verdes cuando los terrenos estén ubicados en suelos privados que no tengan posibilidad de afectarse al dominio público. Entendemos que estos terrenos estarán incardinados dentro de ese precepto penal, pues también deriva del planeamiento<sup>719</sup>. En parecido sentido se manifiesta SÁNCHEZ DOMINGO<sup>720</sup>, al declarar que si las zonas verdes privadas cumplen la función dotacional típica de las zonas verdes, encajarán, en el tipo penal, en el concepto general y amplio de zona verde<sup>721</sup>.

---

<sup>718</sup>Vid. NARVAÉZ RODRÍGUEZ, Antonio, “*Los delitos de ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística*”, en *Actualidad Penal*, núm. 16. Año 1997.

<sup>719</sup>Vid. LASO MARTINEZ, José Luís, “*Urbanismo y Medio Ambiente en el nuevo Código Penal*”, op. cit., pág. 56, declara que si el planeamiento urbanístico recoge expresamente la determinación de una determinada área como zona verde, aunque sea de titularidad privada resultaría contradictorio con el Plan admitir un tratamiento distinto.

La STS de 30 de enero de 1992, tiene declarado en referencia al espacio libre, que el suelo calificado expresamente como tal por el Plan General o Plan Parcial, o Programa de Actuación Urbanística en el contexto de sus determinaciones sustantivas específicamente dirigidas al diseño del sistema de espacio libre del ámbito territorial ordenado forma parte integrante de este sistema.

<sup>720</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, “*Delitos urbanísticos*”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 159.

<sup>721</sup>Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, “*idem*”, op. cit., pág. 161. Además esta autora, tiene manifestado que esta actuación conforme a la interpretación de los términos de los Planes de Ordenación en su sentido más amplio puede conducir a equívoco; en efecto, la expresión “*zona verde*”, que puede ser pública o privada y, dentro de éstas, de uso público o privado, se utiliza para designar igualmente a los espacios libres así como parques y jardines, zonas de recreo y de expansión, cuyo régimen jurídico es semejante al de las zonas verdes y los viales; por ello, deberían entenderse comprendidos en el ámbito típico del artículo 319 del CP aunque sean de titularidad privada.

#### IV. BIENES DE DOMINIO PÚBLICO

Antes de abordar la acción típica sobre los bienes de dominio público como espacios protegidos en el art. 319.1 del Código Penal, realizaremos un análisis de la expresión de estos bienes con el objeto de delimitar conceptualmente el término que nos guíe a determinar con exactitud cuál es el ámbito objetivo del tipo penal<sup>722</sup>. Siendo preciso remitirnos a la Constitución, a la legislación sectorial, autonómica, local, y al Código Civil<sup>723</sup>.

Empezando por nuestra Carta Magna que establece en su artículo 132.1, que la Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. Asimismo, también se declarará la definición de los bienes de dominio público estatal como aquellos que determine la Ley, y en todo caso, la zona marítimo-terrestre<sup>724</sup>, las playas, el mar territorial y los

---

<sup>722</sup> Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio*”, op. cit. Sentencias de TSJ y AP otros Tribunales núm. 8/2000, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona 2000: A la hora de interpretar los conceptos utilizados en el tipo habrá que acudir necesariamente a la legislación pertinente, que en los supuestos de bienes de dominio público, son el artículo 39 del Código Civil, los artículos 113 y siguientes del Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley del Patrimonio del Estado, en el caso de los bienes públicos de titularidad estatal; para el caso de los bienes de entidades locales, de los artículos 2.5, 74 y siguiente (respecto de los bienes de dominio público propiamente dicho) y 94 y siguiente (respecto de los bienes comunales) del RD 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, junto con la correspondiente legislación autonómica, caso de existir; y, para el caso de bienes de titularidad autonómica, será esta última la que establezca la regulación correspondiente.

<sup>723</sup> Art. 339 del Código Civil, son bienes de dominio público: 1. Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos. 2. Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión.

<sup>724</sup> STS núm. 1067 de 17 de octubre de 2010. Los dominios de terrenos público marítimo son intangibles, e incluyen la zona marítimo terrestre, las playas, el mar territorial, los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. El art. 4 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, Ley 33/2003, de 3 de noviembre, declara que por razón del régimen jurídico al que están sujetos los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones Públicas, el mismo puede ser de dominio público o demanial. En las Comunidades Autónomas, la regulación de los bienes públicos será la que se apruebe en el ejercicio de las competencias que le atribuyan los Estatutos correspondientes<sup>725</sup>.

Los bienes de dominio público<sup>726</sup> son los destinados a un uso o a un servicio público municipal<sup>727</sup>. Son públicos aquellos cuyo aprovechamiento o utilización es de carácter general y cuya conservación y policía corresponden al Ayuntamiento, como pueden ser caminos, plazas, calles, aguas de fuentes y estanques<sup>728</sup>. También son bienes de dominio público

---

<sup>725</sup> El artículo 3 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía: 1. Son bienes de dominio público local los destinados a un uso o servicio público y los comunales. 2. Son bienes de uso público local los caminos, plazas, calles, paseos, parques, aguas de fuentes y estanques y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización general, cuya titularidad sea de la Entidad Local. 3. Son bienes de servicio público local los de titularidad de las Entidades Locales destinados al cumplimiento de las competencias o fines públicos que, en cada momento, les corresponda, tales como Palacios Provinciales, Casas Consistoriales, sedes de las Juntas Vecinales, mercados, cementerios, museos, centros de enseñanza pública, montes catalogados de utilidad pública, piscinas, zonas de deporte y polideportivos y, en general, cualquier otro bien destinado a la prestación de servicios públicos o administrativos. 4. La afectación de inmuebles al uso o servicio público, como consecuencia de la ejecución de planes urbanísticos se entenderá producida, en todo caso, en el momento de la cesión del bien a la Entidad Local conforme disponga la legislación urbanística. 5. Son bienes comunales los bienes de las Entidades Locales cuyo aprovechamiento pertenece al común de la vecindad. Su administración y conservación corresponde a la Entidad Local titular.

<sup>726</sup>Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., págs. 228 y 229: La características de los bienes de dominio públicos se concretan, por un lado, en su titularidad, que ha de corresponder a un ente público, y por otro, en su destino o afectación a un uso o servicio público.

<sup>727</sup>Art. 79. 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

<sup>728</sup> Art. 3.1 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales: Son bienes de uso público local los caminos, plazas, calles, paseos, parques, aguas de fuentes y estanques, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia de la entidad local.

los comunales cuyo aprovechamiento corresponde al común de los vecinos, como pueden ser los montes y los prados.

La gestión y administración de los bienes de dominio público se ajustará a los principios de inalienabilidad e inembargabilidad<sup>729</sup>, es decir, operarán sólo frente a la privatización del dominio público y, en su consecuencia, no impiden ni los supuestos de transmisibilidad o sucesión en la titularidad del dominio público entre Entes Públicos, ni la posibilidad, cuando legalmente esté prevista, de establecer derecho reales.

A efectos de su integración en el tipo delictivo del art. 319.1 del Código Penal, son bienes de dominio público los que perteneciendo a una Administración Pública territorial tienen como destino un uso o servicio público, pudiéndose clasificar tanto en función del sujeto titular del dominio público como a su destino. Los bienes de dominio público son: a) Los destinados al uso público, como pueden ser los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, las playas, radas y otros análogos; b) Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, con el requisito de que estén destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como puede ser las murallas, fortalezas, y otras obras de la defensa del territorio, y las minas en tanto en cuanto no se otorguen para su concesión administrativa.

---

<sup>729</sup> STC (PLENO) Sentencia núm. 227/1988 de 29 noviembre RTC 1988\227, tiene declarado que la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*.

En referencia a los bienes públicos de las Entidades Locales, son aquellos dedicados al uso público, como pueden ser los caminos, plazas, calles, paseos, parques, fuentes, y otras obras públicas de aprovechamiento o sean utilizados generalmente, y la conservación y policía estén adscritos a la competencia de la propia entidad local.

Si cualquier particular desea realizar algún tipo de construcción o edificación sobre estos tipos de bienes deberá obtener la licencia, sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que deberá de obtener del Ente titular del dominio público. De lo contrario, si se lleva a cabo la realización de las obras sin contar con licencia o sin la autorización del titular del bien, sería una conducta típica del art. 319.1 del C.P. Además se puede dar el supuesto que las obras se realicen ostentando la licencia municipal careciendo de la autorización administrativa, pues en este caso consideramos que la construcción es no autorizada al faltar la voluntad de la Administración titular del bien del dominio público.

Un sector de la doctrina<sup>730</sup> considera que el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional no deben incluirse dentro de la conducta típica del art. 319. 1 del C.P., puesto que no se prevén expresamente en este precepto, y en virtud del principio de legalidad, no deben entenderse comprendido en el mismo, además su importancia para la comunidad en general es mucho menor que la de los bienes demaniales.

Para poder integrar los bienes de dominio público como figura delictiva del art. 319.1 del C.P., debemos de examinar exhaustivamente el

---

<sup>730</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op.cit., pág. 954.

régimen jurídico del art. 132 CE<sup>731</sup>, y las numerosas leyes administrativas sectoriales y relacionarlas con los artículos 38 a 345 del Código Civil.

Los bienes de dominio públicos que integran la figura típica del art. 319.1 del Código Penal, lo compone tanto el demanio natural, como puede ser, aguas, costas, montes, etc., como el demanio artificial, como los puertos, carreteras<sup>732</sup> etc., con el entendimiento de que las dos categorías satisfacen fines constitucionales, sirviendo también a la función de uso común general. La ejecución de obras en el dominio público artificial, como puede ser el caso de la construcción de ferrocarriles, aeropuertos, puertos, y autopistas, al ser obras públicas, no necesitan licencia urbanística municipal<sup>733</sup>, de ahí que no esté incluida la ausencia de licencia en el art. 319.1 del CP, dado que las construcciones son de interés público. Esta misma línea es la que mantiene CATALÁN SENDER<sup>734</sup>, al considerar que si las grandes obras de infraestructura no precisan licencia es evidente que

---

<sup>731</sup> Artículo 132 de la Constitución de 1978: 1. La Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. 2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la Ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. 3. Por Ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación.

<sup>732</sup> Vid. Art. 21 de la Ley 25/1988, de 29 de julio.

<sup>733</sup> STC (Pleno) Sentencia núm. 40/1998 de 19 de febrero, tiene declarado que no es necesario argumentar particularmente que, entre los asuntos de interés de los municipios y a los que por tanto se extienden sus competencias, está el urbanismo. Así lo ha precisado el legislador estatal al disponer en el art. 25.2, d) de la Ley de Bases de Régimen Local que el municipio ejercerá sus competencias en materia de «ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística» y al prever en el art. 84.1, b) de la misma Ley el sometimiento de la actividad de los ciudadanos «a previa licencia y a otros actos de control preventivo». Por lo que a este último precepto se refiere, conviene hacer notar cómo, dentro de las competencias de ejecución que los municipios ostentan en esta materia y, más en concreto, de la competencia para asegurar que los usos del suelo se acomodan a la Ley y a los planes de ordenación urbana, se encuentra, con carácter prototípico, la licencia municipal, que es uno de los actos administrativos más enraizados en la actividad de los entes locales.

<sup>734</sup> CATALÁN SENDER, Jesús, “*Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios en el nuevo Código penal (Doctrina y Jurisprudencia)*”, op. cit., pág. 483.

no se dará el tipo penal, porque está únicamente pensado para obras que requieran licencia y no la tienen. En parecidos términos se pronuncia nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 40/1998, en referencia de la exención de obtener licencia por parte del Estado cuando se ejecuten obras de nueva construcción, reparación y conservación que se realicen en dominio público portuario por las Autoridades Portuarias. Pero esto no significa la exclusión de la intervención municipal, la cual debe de emitir un informe sobre la adecuación de tales obras al plan especial de ordenación del espacio portuario. Ahora bien, esto no excluye la obtención de licencia municipal en aquellos supuestos en los que las obras de construcción o conservación, aunque se ejecuten en la zona portuaria y, se traten de edificios, o locales destinados a equipamientos culturales o recreativos, certámenes feriales y exposiciones. La facultad del Estado de incidir sobre las competencias urbanísticas, al sustituir la previa licencia por el informe, se limita a obras portuarias en sentido estricto<sup>735</sup>, pero sin alcanzar a aquellas otras obras que ejecutadas en la zona portuaria son de naturaleza diversa, siendo en estos supuestos aplicable la normativa urbanística en cuanto a la obligación de la solicitud de licencia municipal de obras.

Como antes se ha hecho alusión, los viales y las zonas verdes, una vez que hayan sido cedidos formalmente a la Administración actuante, se integrarán y pasarán a formar parte del dominio público. Para el art. 3 del

---

<sup>735</sup> Artículo 60 Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante: Las obras a que se refiere este capítulo no estarán sometidas a los actos de control preventivo municipal a que se refiere el artículo 84.1.b), de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, por constituir obras públicas de interés general.

Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, son bienes de dominio público todos los que están destinados a un uso público, como son los caminos, plazas, calles, pases, parques, agua de fuentes y estanques, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización general; asimismo también los servicios públicos como son las casas consistoriales, palacios provinciales, mataderos, mercados, lonjas, hospitales, hospicios, museos, montes catalogados, escuelas, cementerios, elementos de transporte y piscinas, etc., debiéndose de incluir también en estos tipos de bienes las vías pecuarias, que son las rutas donde discurre o ha venido discurrendo tradicionalmente el tránsito del ganado.

Los bienes de dominio público se incluyeron el art. 319.1 del C.P. a última hora de la tramitación del Senado, apareciendo la referencia típica como objeto material sobre el que puede recaer la acción de llevar a cabo una construcción no autorizada en el texto punitivo de 1995. Para delimitar la referencia típica de los bienes de dominio público, se debe de analizar su régimen jurídico, comenzando por el art. 132 de la Constitución, y las leyes administrativas sectoriales que regulan los bienes de titularidad estatal, autonómica y local<sup>736</sup>.

Uno de los bienes de dominio público necesitado de protección son las zonas marítimo-terrestres, dada la incidencia negativa que la presión edificatoria está generando en todo el litoral de nuestras costas. De ahí que nuestra jurisprudencia menor<sup>737</sup> considere *“que este doble fenómeno de destrucción y privatización del litoral, que amenaza extenderse a toda su*

---

<sup>736</sup> Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, *“Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal”*, op. cit., pág. 231.

<sup>737</sup> SAP de La Coruña, Sentencia núm. 33, de 7 de marzo de 2000.



*longitud, exige de modo apremiante una solución clara e inequívoca, acorde con la naturaleza de estos bienes, y que, con una perspectiva de futuro, tenga como objetivos la defensa de su equilibrio y su progreso físico, la protección y conservación de sus valores y virtualidades naturales y culturales, el aprovechamiento racional de sus recursos, la garantía de su uso y disfrute abierto a todos, con excepciones plenamente justificadas por el interés colectivo y estrictamente limitadas en el tiempo y en el espacio, y con la adopción de las adecuadas medidas de restauración”.*

La garantía de la conservación del dominio público marítimo-terrestre no puede obtenerse sólo mediante una acción eficaz sobre la estrecha franja que tiene esa calificación jurídica, sino que resulta también imprescindible la actuación sobre la franja privada colindante, para evitar que la interrupción del transporte eólico de los áridos y el cierre de las perspectivas visuales para la construcción de edificaciones en pantalla, la propia sombra que proyectan los edificios sobre la ribera del mar, el vertido incontrolado y, en general, la incidencia negativa de la presión edificatoria y de los usos y actividades que ella genera sobre el medio natural, puedan causar daños irreparables o de muy difícil y costosa reparación.

Otra conducta típica la podemos encontrar en la ejecución de obras que invaden las vías pecuarias, zonas de deslinde entre terrenos privados y dominio público marítimo-terrestre o entre aquéllas y una carretera, o en el cauce de un río sobre una vía pecuaria, teniendo el autor en posesión un título legítimo<sup>738</sup>. En estos supuestos, se debe de atender la afectación del

---

<sup>738</sup> Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal”, op. cit., pág. 215.

bien, dado que estarían consideradas las construcciones realizadas en estas zonas como no autorizables administrativamente<sup>739</sup>, siendo las conductas típicas, sin perjuicio de la apreciación del error sobre la ilicitud del hecho punible, cuando se acredite por su autor por ejemplo, que construye sin autorización como consecuencia de un deslinde impreciso, excluyendo la responsabilidad penal si el error es invencible, o aplicándose la pena inferior en uno o dos grados si se aprecia error vencible, todo ello de conformidad con lo estipulado en el art.14.3 del C.P.

Existe divergencia entre la doctrina, si la delimitación del elemento típico de los dominios públicos incluye solamente el demanio natural, como las aguas, costas, espacios naturales, ríos, riberas, etc., o también el demanio artificial, puertos, aeropuertos, carretera, puentes, etc. En nuestra opinión, entendemos que la duda surge de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que piensa que se extiende solamente para el demanio natural, por ello consideramos que también debe de englobar al demanio instrumental, pues también sirven a la función del uso común general, dado que en ambos existen fines constitucionales a satisfacer, bien estén dirigidos a la protección del medio ambiente, o a la ordenación del territorio y el urbanismo.

Para SANCHEZ ROBERT<sup>740</sup> el tradicional demanio público natural queda relegado a un segundo plano frente al dominio público que se encuentra relacionado con las obras y servicios públicos, puestos que esta otra orientación del demanio justifica la actuación administrativa en el

---

<sup>739</sup>Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “Protección penal de la ordenación del territorio”, op. cit. 956.

<sup>740</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal”, op. cit., pág. 235.

proceso de la construcción y explotación de las vías de comunicación y grandes infraestructuras.

## CAPITULO V

# LA DEMOLICIÓN DE LA OBRA Y LA REPOSICIÓN A SU ESTADO ORIGINARIO DE LA REALIDAD FÍSICA ALTERADA

### I. INTRODUCCIÓN

Para que la restauración de la legalidad urbanística surta efecto jurídico pleno, el medio más eficaz<sup>741</sup> es la demolición de las obras ejecutadas ilegalmente<sup>742</sup>, o en otra palabras, la reposición de la realidad física alterada, que se consigue con la propia demolición de lo edificado al margen de la legislación urbanística, estando obligada la propia Administración a demoler cuando la misma no es legalizable o no puede ser legalizado, considerándose esta posibilidad como potestativa para la Jurisdicción penal<sup>743</sup>.

---

<sup>741</sup> Vid. RÓDENAS MOLINA, Javier, “*Los delitos contra la ordenación del territorio y las prevaricaciones urbanísticas tras la reforma del Código Penal en la L.O. 5/2010*”, Revista Jurídica de Canarias, núm. 21/2011: La demolición debe ser la consecuencia accesoria que constituya el corolario normal de la condena por este tipo de delitos, como único medio eficaz de restablecer la legalidad urbanística vulnerada por el hecho punible y de restaurar la indemnidad del bien jurídico dañado, y a fin de evitar que la condena penal pueda perder toda eficacia preventiva, al convertirse en una especie de coste adicional eventual que puede resultarle rentable asumir al promotor de la obra ilegal, si ésta se mantiene incólume.

<sup>742</sup> Vid. Memoria del Fiscal General del Estado de 2006, pág. 506 y 507, alude que probablemente no existe sanción más eficaz contra este tipo de actuaciones que el restablecimiento de la situación anterior mediante la destrucción de lo ilegalmente construido a costa del culpable y desde cualquier lógica se observan escasas situaciones que no justifiquen la adopción de una medida tal, ante la firmeza de una sentencia condenatoria por construcción ilegal.

<sup>743</sup> Vid. DE LA CUESTA AGUADO, Paz, “*Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, en Derecho Penal Español, Parte Especial, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 981. Pese a la valoración positiva que merecen las previsiones de este precepto es en esta cuestión donde se producen

Sin embargo a este respecto TOLOSA TRIBIÑO<sup>744</sup> señala que la demolición de lo ilícitamente construido constituye la más grave manifestación de la intervención de los poderes públicos en los actos de edificación y uso del suelo, prevista para las obras ejecutadas sin licencia o sin ajustarse a las condiciones señaladas en la misma. Como todo acto restrictivo de la esfera jurídica de los administrados, en la medida en que propende a la desaparición de lo ya construido o edificado, en aras del restablecimiento de la legalidad urbanística conculcada, está sujeta al cumplimiento de rigurosos requisitos materiales y formales, cuya inobservancia determina la inadecuación de la medida.

De ahí que el nuevo texto<sup>745</sup> del artículo 319.3 del Código Penal establezca que *“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. En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubiere podido experimentar”*. Es novedosa tras esta reforma la ampliación de su contenido, pero de estas tres consecuencias, demolición, reposición a su estado originario de la realidad alterada y el comiso, ninguna son penas propiamente dichas; la demolición constituye una medida que

---

algunos del mayor déficits en la ejecución de la ley penal, pues los tribunales en ocasiones se muestran reacios a adoptar medida de demolición.

<sup>744</sup> TOLOSA TRIBIÑO, Cesar, *“El uso del suelo. Planeamiento urbanístico e intervención administrativa”*, DAPP, Publicaciones Jurídicas, S.L., Pamplona, 2007, pág. 442.

<sup>745</sup> Vid. Artículo modificado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

potestativamente puede acordar del órgano judicial, siendo asumido por el reo el coste de las obras de demolición.

De la interpretación de este precepto se deduce que se está posibilitando que la medida de la demolición se acuerde respecto de cualquiera de las dos figuras delictivas que se regulan en los dos primeros números del artículo 319.

Estamos de acuerdo con RÓDENAS MOLINA<sup>746</sup>, al hacer alusión que el legislador, al no establecer como obligatoria la demolición para los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, ha perdido nuevamente la oportunidad para conseguir el efecto esencial de que las penas impuestas por estos delitos no sean penas puramente simbólicas, sino que consigan la consecuencia básica que ha de perseguir el restablecimiento del orden jurídico perturbado por la conducta atentatoria contra la ordenación legal del territorio, siendo más eficaz imponer como obligatoria la demolición que aumentar las penas de prisión, porque sin demolición la condena en estos delitos es una ilusión, un espejismo y produce la paradoja que no se da en otros delitos, de permitir que el delincuente condenado siga disfrutando del delito, ya que si no se derriba la edificación ilegalmente construida, el condenado habrá satisfecho una multa pero seguirá disfrutando del efecto del delito, la edificación. Después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, tampoco es preceptivo el acuerdo sobre la demolición de la obra, que es lo que quizás procedería si

---

<sup>746</sup> RÓDENAS MOLINA, Javier, “Los delitos contra la ordenación del territorio y las prevaricaciones urbanísticas tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010”, Revista Jurídica de Canarias, núm. 21/2011.

de lo que se trata es de obra edificación construida con vulneración flagrante de la legalidad urbanística<sup>747</sup>.

Sostiene NUÑEZ SÁNCHEZ,<sup>748</sup> que tal vez sea éste en la actualidad el más importante caballo de batalla en la práctica judicial en relación con los delitos sobre la ordenación del territorio, porque a pesar de contar los Juzgados y Tribunales del Orden Penal con facultades suficientes para acordarlas, lo cierto es que cabe observar una cierta abdicación por su parte a la hora de hacer uso de una medida no ya absolutamente esencial, sino insustituible para la protección del bien jurídico que tutelan estos tipos penales<sup>749</sup>.

Como norma general, cuando una sentencia condene al acusado como autor de un delito sobre la ordenación del territorio, la resolución judicial debe de decretar la demolición de las obras ilegalmente ejecutadas, siendo también posible, que el autor quede absuelto de responsabilidad penal porque el tribunal haya considerado que existe error de prohibición,

---

<sup>747</sup>Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *“La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios”*, , Editorial Aranzadi, Navarra, 2010, pág.280.

<sup>748</sup>NUÑEZ SÁNCHEZ, Ángel, *“Desorden urbanístico”*, Diario EL PAÍS, 24 de enero de 2006.

<sup>749</sup> Vid. Informe de 26 de febrero de 2009, del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: Siendo los delitos urbanísticos más graves que las infracciones administrativas urbanísticas correspondientes, no es comprensible que la demolición sea imperativa en el ámbito administrativo, pero facultativa en el penal. Es sabido que el carácter imperativo de la demolición en el ámbito administrativo es soslayado frecuentemente en vía de ejecución por cauce de la imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia (artículo 125 LJCA) y por una jurisprudencia más permisiva de lo aconsejable. Sin embargo, el Código Penal deja absolutamente abierta la posibilidad de que el juez no condene a demoler la construcción ilegal, pues establece la demolición como mera facultad y no fija ningún tipo de criterio para determinar cuándo debe imponerse. En este sentido, debería coordinarse la regulación penal con la administrativa, previéndose que cuando el juez no ordene la demolición deberá ordenar el comiso de la construcción, para que se cumpla, así, el citado principio del artículo 62 del RDU: En ningún caso la infracción urbanística puede suponer un beneficio económico para el infractor. Si por el motivo que sea la construcción no puede o no debe ser demolida, el beneficio derivado de ella no puede bajo ningún concepto quedar en manos del infractor, si no se quiere seguir generando los ya conocidos efectos criminógenos de un incorrecto sistema de consecuencias del delito.

en este caso no podrá la jurisdiccional penal ordenar la demolición, sino todo lo contrario la competencia para llevarla a cabo corresponderá, bien a la Administración o a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en su caso.

La expresión que contiene el artículo 319. 3 del CP, “*sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe*”<sup>750</sup>, significa la salvaguarda a las acciones civiles que le pudieran corresponder a los adquirentes de buena fe, que han visto como su vivienda o edificación ha sido demolida. En este caso no es necesario entablar acciones judiciales en la jurisdicción ordinaria, sino que será la jurisdicción penal la que establezca en su sentencia las indemnizaciones que le correspondan al perjudicado a modo de responsabilidad civil. Para CATALÁN SENDER<sup>751</sup>, es necesario llamar al proceso a los terceros cuyos derechos puedan verse afectados caso de ser adoptada la demolición. Serán terceros de buena fe<sup>752</sup> todos aquellos que no hayan intervenido ni como autor ni como cómplice en el delito urbanístico y pueda resultar perjudicado por el mismo, incluido el tercero adquirente que desconozca el carácter u origen ilícito de lo construido o edificado.

---

<sup>750</sup> Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido escrito. El artículo 319 del Código Penal*”, Editorial de la Universidad de Granada, pág. 331. Para esta autora aunque la ubicación de la demolición de obra continúe siendo la misma, en artículo 319.3 del Código Penal, el contenido del artículo se amplía y el legislador de 2010, además de ampliar dicho contenido, lo completa con la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones a terceros de buena fe. Además, dispondrá del comiso de las ganancias provenientes del delito cualquiera que sean las transformaciones que hubiesen podido experimentar.

<sup>751</sup> CATALAN SENDER, Jesús, “*Delito urbanístico ante las grandes líneas de la jurisprudencia urbanística*”, Cuaderno de Política Criminal, Universidad Complutense de Madrid, Instituto de Criminología, año 1997, pág. 606.

<sup>752</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, Editorial Atelier, Barcelona, 2007, pág. 207.



Existe abundante jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en España que en sus sentencias argumentan una supuesta falta de proporcionalidad de la demolición respecto de la entidad del daño causado por la construcción o edificación de que se trate. Pero al contrario para el Tribunal Supremo, existe una clara vulneración del principio de proporcionalidad cuando se impugnan órdenes de demolición, considerándose este principio como esencial en el Estado Social de Derecho, pues expresa en general, la necesidad de una adecuación o armonía entre el fin de interés público que se persiga y los medios que se empleen para alcanzarlo, añadiendo que en los casos de actuaciones que contradicen el planeamiento urbanístico, la Administración resulta obligada a restaurar la realidad física alterada o transformada por medio de la acción ilegal, de manera que no tiene posibilidad de optar entre dos o más medios distintos, por lo que no resulta de aplicación el principio de proporcionalidad, dado que la vinculación positiva de la Administración Pública a la Ley (art. 103.1 CE) obliga a ésta a respetar la Ley, es decir, a ordenar la demolición<sup>753</sup>.

El principio de proporcionalidad sólo puede operar cuando el ordenamiento jurídico otorga a la Administración la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables, y ese no es el caso cuando se trata de actuaciones que contradicen el planeamiento urbanístico y no son legalizables<sup>754</sup>, siendo necesario preguntarse si la medida es necesaria, si cabe una intervención alternativa que lo pueda satisfacer igualmente y, en tal caso, si la misma resulta más favorable a la esfera de libertad del

---

<sup>753</sup> STS de 28 de abril de 2000.

<sup>754</sup> STS de 2 de octubre de 2001.

administrado, por ello la regla de proporcionalidad será aplicable en caso de respuesta positiva a estas preguntas,<sup>755</sup> que en los casos de actuaciones que contradicen el planeamiento urbanístico, la Administración resulta obligada a restaurar la realidad física alterada o transformada por medio de la acción ilegal.

Para RODRIGUEZ LEÓN<sup>756</sup>, resulta erróneo que los Tribunales penales, al momento de resolver sobre la procedencia o no de la demolición, realicen planteamientos basados en el principio de proporcionalidad. Si en el procedimiento penal se ha acreditado que se trata de construcción no autorizada o edificación no autorizable, no queda sino el restablecimiento de la realidad física alterada por medio de la demolición, porque la Administración, a la que defieren la decisión al respecto, tampoco tiene posibilidad de optar por otra distinta que por la única consecuencia legal posible.

Existen supuestos que a pesar de la infracción urbanística, no es posible la demolición por legalización sobrevenida, bien por cambio en la normativa urbanística o por la modificación sobrevenida de la situación fáctica. Si bien es cierto, los jueces y tribunales deben de resolver conforme al ordenamiento que esté vigente a la hora del restablecimiento de la realidad física alterada, de conformidad con la normativa urbanística existente entonces, sin que por razones elementales de seguridad jurídica, pueda atender a norma de futuros que deben quedar fuera de toda actividad

---

<sup>755</sup> STS de 2 de octubre de 2002.

<sup>756</sup> RODRÍGUEZ LEÓN, Luis Carlos, “*El urbanismo y su problemática*”, en la Ley Nacional de Urbanizaciones y Parcelaciones Ilegales, Sevilla, marzo de 2007.

judicial, pero sin embargo si ya la norma está modificada, no procederá el restablecimiento de la legalidad urbanística.

Algunos pronunciamientos judiciales<sup>757</sup> tienen declarado que en tanto el futuro planeamiento de desarrollo no se haya aprobado definitivamente, y siempre a salvo sus disposiciones en tal momento, la actividad de que se trate se encuentra, en la actualidad, en situación de clara y manifiesta ilegalidad; para otros, la legalización sobrevenida de la construcción haría que ésta ya no fuese considerada ilegal e impediría su derribo, medida extrema reservada para supuestos también extremos e irreparables<sup>758</sup>.

En este sentido se pronuncia nuestro Tribunal Constitucional<sup>759</sup> al declarar que además, salvo en casos de verdadera inminencia del cambio jurídico, los procesos de aprobación e innovación de los planes urbanísticos son verdaderamente largos y complejos, por lo que este tipo de decisión condicionada (además de poco escrupulosa con la legalidad) puede provocar, salvo que se fije un plazo terminante y prudencial, que la demolición nunca llegue a ejecutarse. Por otra parte, esta solución de espera que en la vía administrativa no tiene en cuenta que tanto las innovaciones normativas como las propias decisiones legalizadora de la Administración pueden ser revocadas en vía contenciosa-administrativa, es infrecuente. Desde luego en casos de afección de suelos o bienes de especial protección en que la modificación necesite de trámites especialmente gravosos (descatalogación de un monte, modificación del destino de zonas verdes o equipamientos con la necesaria y efectiva

---

<sup>757</sup> TSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso- Administrativo), Sentencia núm. 861/2006 de 20 de octubre.

<sup>758</sup> TSJ de Cataluña (Sala Contencioso Administrativo), Sentencia 740/2003, de 13 de octubre.

<sup>759</sup> STC núm. 22/2009 de 26 febrero.

compensación de suelos, modificación de un plan territorial), el condicionamiento al resultado del procedimiento estaría fuera de toda lógica.

Como se ha tenido oportunidad de mencionar con anterioridad, la situación fáctica que sobreviene diferente a la inicial puede obstaculizar el derribo en la jurisdicción penal, como puede suceder en el supuesto de que el autor del ilícito penal haya incumplido la normativa de la unidad mínima de cultivo, y posteriormente el condenado haya comprado las fincas colindantes para agruparlas, creando una finca *ex novo* con posibilidad de crear una sola finca afecta a la explotación agrícola<sup>760</sup>.

Resulta procedente la medida de demolición en la fase de ejecución de sentencia, toda vez que se trata además con tal medida de reintegrar o restaurar, la situación urbanística y el ordenamiento jurídico infringido, ya que no ha quedado afectado solamente el interés público, sino el interés de los particulares que habitan en aquel suelo no urbanizable.

## II. LA DEMOLICIÓN DE LA OBRA COMO FACULTAD DE LOS JUECES

La demolición de la obra a la que alude el artículo 319.3 del Código Penal, se puede considerar como una medida no cautelar<sup>761</sup>, investida de un

---

<sup>760</sup>Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “*Demolición por delito. El restablecimiento de la legalidad urbanísticas en la vía penal*”, Editorial Comares, Granada 2009, pág. 107.

<sup>761</sup>Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido escrito. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág. 331. En referencia a la demolición para esta autora, en principio, parece que se trata de una medida no cautelar para la protección de la legalidad urbanística, encaminada a restaurar el orden urbanístico vulnerado (pues también la Administración puede adoptarla antes o después, y acumulada o subsidiariamente a lo que decide la jurisdicción penal), por lo que en realidad no poseería naturaleza de sanción en sentido estricto.

carácter potestativo<sup>762</sup>, es decir, no siendo una obligación, sino todo lo contrario, una facultad que se concede a los jueces y tribunales. En este sentido se manifiesta VERCHER NOGUERA<sup>763</sup> al sostener que respecto a la potestad de la demolición que se justifica por cuanto que una vez efectuada la construcción, demoler puede resultar más dañino para el suelo que se intenta proteger, que mantener la obra ya efectuada. Para QUINTERO OLIVARES<sup>764</sup>, sin embargo, la medida prevista en el apartado 3º del artículo 319 del C.P. es una consecuencia específica y facultativa, que entraña cierto grado de represión, en el sentido que puede producir la pérdida del negocio o ganancia al que se aspira, o también como parte de la reparación del daño previsto en el artículo 113 de Código penal.

La demolición tampoco supone una sanción<sup>765</sup> al tratarse de una medida no cautelar de restauración de la legalidad urbanística, no

---

<sup>762</sup> Vid. SERRANO GÓMEZ, Alfonso /SERRANO MAÍLLO, Alfonso/SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, “Curso de Derecho Penal. Parte Especial”, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, pág. 454.

<sup>763</sup> VERCHER NOGUERA, Antonio, “Delitos contra la Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio ambiente, V.V.A.A., Estudios y aplicación práctica del Código Penal de 1995, Tomo II, Parte Especial, Madrid, 1997, pág. 378.

<sup>764</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio”, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997, pág. 377.

<sup>765</sup> STS 20 de enero de 1991(Sala de lo Contencioso-Administrativo), tiene declarado en el Fundamento Jurídico Séptimo, que conforme al art. 51 del Reglamento de Disciplina Urbanística, toda actuación que contradiga las Normas o el planeamiento urbanístico en vigor, podrá dar lugar, entre otras consecuencias, a la adopción por parte de la Administración competente de las medidas precisas para que se proceda a la restauración de la realidad física alterada o transformada como consecuencia de la actuación ilegal así como a la imposición de sanciones a los responsables, previa tramitación del correspondiente expediente sancionador. Y el art. 52 del mismo Reglamento señala que en ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal, determinando expresamente que «las sanciones por las infracciones urbanísticas que se aprecien se impondrán con independencia de dichas medidas». Resulta, por tanto, de lo que se ha expuesto que la demolición no es una medida de carácter sancionador pues su finalidad es la de restaurar la realidad física alterada, y que es independiente de las sanciones que puedan imponerse en el correspondiente procedimiento.

excluyente de las indemnizaciones a los terceros de buena fe, teniendo como objetivo último la restauración de la realidad física alterada, y es independiente de las sanciones que puedan determinarse en el correspondiente procedimiento. En este sentido se pronuncia BOLDOVA PASAMAR<sup>766</sup>, cuando sostiene que la sola sanción, si luego se consigue mantener lo ilícitamente construido o edificado, podrá retribuir jurídicamente el ilícito producido, pero no permite reparar la lesión del bien jurídico, que sólo es susceptible de conseguirse a través de la restitución de la situación física del suelo al momento anterior a su agresión.

Con anterioridad a la entrada en vigor de nuestro Código Penal era competente la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa para acordar la restauración de la realidad física alterada, pero debido a las circunstancias de no haber ejercitado con eficacia las autoridades y funcionarios administrativos con competencia en disciplina urbanística<sup>767</sup>, las facultades de demolición que hicieron originar vulneraciones flagrantes a la ordenación del territorio, hizo pensar a nuestros legisladores la facultad de determinar que a partir, de la aprobación del Código Penal de 1995, debía de coexistir y compartir la intervención en la protección del bien jurídico tanto al Derecho Administrativo como al Derecho Penal, y en su

---

<sup>766</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 204.

<sup>767</sup> SAP de Sevilla de 15 de abril de 2009, señala que ha sido el elevado grado de incumplimiento de la disciplina urbanística, tanto por lo que se refiere a la protección de la legalidad como de forma especial al restablecimiento del orden jurídico perturbado, lo que ha motivado la incriminación penal de conductas como las enjuiciadas, no tendría sentido que, pudiendo los Tribunales penales decidir sobre el restablecimiento de la legalidad urbanística no lo hicieran, y remitieran de nuevo la decisión a la Administración cuya insuficiente actuación propició la creación de estas novedosas figuras delictivas. Dicho esto, cabe añadir que existen sin embargo poderosas razones de carácter social y económico en virtud de las cuales sería de desear una actuación administrativa tendente a legalizar la situación de una gran cantidad de casas que han sido construidas al abrigo de la tolerancia y de la vista gorda de administraciones públicas encargadas de velar por el cumplimiento de la legalidad en una materia tan sensible en el mundo actual como es la del respeto al medio ambiente.

consecuencia serían competentes para acordar la demolición de lo ilegalmente construido, en consideración a que se trata de una infracción o un delito el Alcalde o el Juez de lo Penal. Pero además, si se da el supuesto de que el Juez penal no hace uso de la facultad de demolición que le confiere el art. 319.3, deberá ser la Administración la que ordene la demolición.

Sostiene ACALE SÁNCHEZ<sup>768</sup>, que en cualquier caso no significa “*en cualquier momento*”. La adopción de la medida, de demolición ha de adoptarse en un momento procesal en el que se tenga la convicción de que efectivamente se ha vulnerado el orden urbanístico, ya sea anterior a o en la propia sentencia y con independencia de que el acusado resulte culpable o no, pues tal medida no va a depender de la culpabilidad del autor, sino de la realización de una construcción o edificación ilegal a consecuencia de la cual se habrá vulnerado el orden urbanístico. Que el instrumento que se utilice para su imposición sea la sentencia o el auto, va a carecer de relevancia siempre y cuando sentencia y auto, vengan motivados en virtud de la gravedad que conlleva la adopción de tal medida, como señala el art. 319.3.

La medida de demolición tiene carácter absolutamente excepcional y de aplicación restrictiva, pues otra cosa sería contraria a los principios de congruencia y proporcionalidad que deben informar la intervención administrativa de la actividad urbanística, y por tanto, sólo procede en el caso de una vulneración irreductible en cualquier otra forma, de la

---

<sup>768</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pág. 282.

normativa urbanística sustantiva<sup>769</sup>. Debiendo la medida de demolición ser aplicada de forma general y excepcionalmente podrá no decretarse la misma, una vez que se haya motivado la excepcionalidad de no derribarse la edificación<sup>770</sup>, bien porque existe otra medida para el restablecimiento de la realidad física alterada o también en consideración a las circunstancias particulares de la persona, así como en algunos casos, atendiendo a un cambio de planeamiento vigente o en supuestos de ampliación de vivienda, pero para satisfacer la exigencia de la motivación de la resolución judicial deberá expresarse por qué no se considera necesaria la regla general de la demolición, de lo contrario se podría vulnerar la tutela judicial efectiva<sup>771</sup>.

Un dato muy interesante a destacar es que con independencia de que no se decrete la demolición en la jurisdicción penal<sup>772</sup>, esto no es óbice para que la Administración pueda, a través de sus instrumentos jurídicos<sup>773</sup>, proceder a restaurar la legalidad urbanística alterada con la medida de la demolición. Existen muchos supuestos, en que si se deja en mano de los

---

<sup>769</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Sentencia de 22 de enero de 1988.

<sup>770</sup> Vid. RÓDENAS MOLINA, Javier, “*Los delitos contra la ordenación del territorio y las prevaricaciones urbanísticas tras la reforma del Código Penal en la L.O. 5/2010*”, Revista Jurídica de Canarias, núm. 21/2011.

<sup>771</sup> STC 22/2009 de 29 de enero.

<sup>772</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 204, para este autor, en los casos de error de tipo, tanto vencible como invencible, se excluye la responsabilidad penal y no se podrá decretar esta medida desde la jurisdicción penal, pero quedará la posibilidad de adoptar la misma en ámbito administrativo cuando desde el mismo puede considerarse que seguimos estando ante una infracción de la disciplina urbanística, y para el que las cuestiones de imputación subjetiva son ajenas a su esencia sancionadoras.

<sup>773</sup> SAP de Jaén 80/2007 de 30 de marzo, tiene declarada que sería un contrasentido que se de clase constitutiva de delito a una edificación y se deje a la administración urbanística acordar la demolición, pues debe de ser la jurisdicción penal la que acuerde la demolición, pues, el objetivo de la demolición, es preservar la ordenación del territorio con el rigor que quiere hacerlo, no sería factible dejar a las leyes administrativas la restauración del derecho perturbado, cuando es precisamente la extracción de este orden y la incorporación del orden penal lo que hace que el rigor de la reacción sea mayor ante el concreto ataque que el tipo en cuestión prevé.



Ayuntamientos la facultad de demolición, puede ocurrir que por oportunidad política se vulnere el principio de igualdad, al decretarse algunas demoliciones de viviendas ilegales, dejando otras sin derribar<sup>774</sup>. Pues todo esto suele ocurrir, bajo nuestra opinión, por la circunstancia que los Alcaldes y Concejales son elegidos cada cuatro años, si proceden a decretar órdenes de demolición son pérdidas de votos<sup>775</sup> para futuras elecciones, pues a estos regidores municipales en más de una ocasión, y más si cabe en municipios pequeños, se les pasan por la mente, que para cuatro años que van a estar “*sentados en el sillón de la Alcaldía*” no merece la pena perjudicar a un ciudadano, que en muchas de las veces además son conocidos del pueblo, amigos o en el peor de los casos familiares; y por no decir que en muchos supuestos son los propios ediles o autoridades los propietarios de las edificaciones ilegales<sup>776</sup>. En este sentido MARTOS NÚÑEZ<sup>777</sup> señala que la búsqueda de un desarrollo económico, rápido e insostenible, llevó a muchos alcaldes a permitir parcelaciones y

---

<sup>774</sup> Vid. MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “*Lecciones de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra la ordenación del territorio*”, Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, Tomo I, Editorial Tecno, Madrid, 2011, pág. 310. Los fallos judiciales son la prueba más evidente de la batalla judicial contra el urbanismo salvaje, que se ha extendido por los montes y, en forma de urbanizaciones ilegales, en términos municipales próximos a la capital. Buena parte de la responsabilidad de esta situación es imputable a los Ayuntamientos, que dieron un cariz de legalidad a conjuntos residenciales que, convertidos en pequeños pueblos, carecían de los más elementales servicios comunitarios.

<sup>775</sup> Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido escrito. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág. 345. En igual sentido se manifiesta esta autora al sostener que lo cierto es que la Administración no demuele con la frecuencia debida sino que lo suele hacer en atención a criterios políticos, condicionados por el daño que se causa a los futuros votantes de estos partidos políticos, y olvidando de esta forma, el daño que se causa para quienes construyen legalmente.

<sup>776</sup> Vid. MORALES PRATS, Fermín, /TAMARIT SUMALLA, Josep María, “*De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*”, comentario a la Parte Especial del Derecho Penal, V.V.A.A, Pamplona, 1996, pág. 852.

<sup>777</sup> MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “*Lecciones de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra la ordenación del territorio*”, op. cit. pág. 310.

edificaciones ilegales en sus bosques de encinas y alcornoques, quizás con la esperanza de que con el tiempo el argumento de los hechos consumados, fuera suficiente para regularizar lo que nació sin un solo papel.

Del artículo 261.3 del TRLS de 1992, se desprendía que la medida de demolición tenía la característica de ser imperativa y automática o *ipso iure*, al disponer que en ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a restaurar el orden urbanístico vulnerado, o reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación legal. En parecidos términos se pronunciaba el artículo 194. 3 del TRLS de 1976, y el artículo 29.4 del RDU.

En algunos pronunciamientos judiciales administrativos a pesar del carácter imperativo de la medida de demolición, se toma la decisión de no proceder a utilizar esa medida, como sucede en los casos en que el daño que pudiera causar el cumplimiento de la sentencia resultara más gravoso que la subsistencia de la obra ilegal, en base al principio de menor demolición, siendo la demolición una adopción excepcional y acorde con los principios de congruencia y proporcionalidad.

Salvando el principio de intervención mínima del Derecho Penal como *última ratio*, la demolición de una obra ilegal es la forma más eficaz de la prevención y contramotivadora en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, por la sencilla razón de que los infractores tienen en la más de las veces, la seguridad de que lo construido ilegalmente no será demolido, conllevando este hecho la especulación urbanística, con la creencia de que el beneficio reportado como consecuencia de las ganancias de las ventas de los inmuebles ilegales, son superiores a las sanciones impuestas por las infracciones urbanísticas. En línea con lo anterior, señala

GÓRRIZ ROYO<sup>778</sup> que dada la seguridad de que lo ilegalmente construido y edificado nunca va a ser demolido ha sido una de las motivaciones constantes del exacerbado proceso constructivo y de la especulación urbanística, puesto que el beneficio que reportaba la posterior venta de las obras ilegales realizadas, superaba con frecuencia el coste de las infracciones administrativas impuestas.

La Administración puede ordenar la demolición aún en los casos que también esté solicitado en la jurisdicción penal, y recaiga sentencia absolutoria, dado que la propia medida de demolición no tiene naturaleza sancionadora, siendo independiente de las sanciones que pueda imponer la Administración. Si ocurre el caso de que tanto la jurisdicción penal como la administrativa ordenaran la demolición de una construcción ilegal, no cabría invocar el principio *non bis in idem*, dado que dicha medida se adoptará sobre la mismas obras, que solamente se podrían demoler una vez sin que el propietario infractor se vea doblemente afectado en sus intereses<sup>779</sup>.

Los jueces, tanto si proceden a decretar la demolición como en el caso de no acordar esta medida, están obligados a razonar su proceder, pudiéndose dar el supuesto de que el tribunal sentenciador, a pesar de condenar al autor de un delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, no decrete la medida de demolición, razonando que con anterioridad existía abierto un expediente administrativo que estaba

---

<sup>778</sup>Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “Protección penal de la ordenación del territorio”, en Modelos de protección penal frente a las agresiones urbanísticas en el derecho comparado, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 1156.

<sup>779</sup> SAP de Palencia 31 de diciembre de 1998.

dilucidando si procedía o no la medida de demolición<sup>780</sup>. En nuestra opinión, la medida de demolición deberá decretarse tanto si se comete el delito sobre la ordenación del territorio como si se trata de una infracción administrativa urbanística, pues la demolición es una medida real que también produce sus efectos incluso frente a terceros de buena fe que sean titulares de obras ilegales, y no tengan conocimiento de la ilicitud de la vulneración de las normas urbanísticas, debiendo en estos supuestos acudir a la Jurisdicción Ordinaria Civil como perjudicado frente al infractor. En este mismo sentido se pronuncia GÓRRIZ ROYO<sup>781</sup> al sostener que la orden de demolición no está subordinada a la existencia de perjudicados de buena fe si los mismos existen, es decir, si aparecen personas ajenas a la vulneración de orden urbanístico que no conocieran la ilegalidad de las obras delictivas pero afectados por ellas, al igual que sucede en el orden administrativo, podrán ejercitar las acciones que les correspondan en Derecho Civil, porque según el art. 319.3 del CP la demolición se podrá adoptar sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

Existen argumentaciones jurídicas que deniegan la demolición<sup>782</sup>, al considerarse el automatismo del precepto del art. 319.3 de CP, las notas de

---

<sup>780</sup>SAP de Coruña 7 de marzo de 2000.

<sup>781</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319*”, op. cit., pág. 1161.

<sup>782</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 209-2010. Para este autor, conviene recordar que esta doctrina obliga únicamente a la Administración, y no a los jueces penales, habida cuenta de que para éstos la demolición de lo ilícitamente construido es una medida facultativa y que incluso en el caso de adoptarla están obligados a motivarla, pero no a la inversa. Es decir, si finalmente no se decreta la demolición, no existe necesidad de que tal decisión se motive. Si el juez de lo penal no ordena la demolición, puede hacerlo la autoridad administrativa no sólo cuando la sentencia sea absolutoria, sino también cuando, siendo la sentencia condenatoria, no hubiese prohibido expresamente la adopción de esta medida. Es incluso frecuente que el juez penal se remita a la Administración para tomar en consideración o no esta medida.

excepcionalidad<sup>783</sup> y necesidad de especial motivación, dado que tal medida solamente debe prosperar en los casos de un plus de antijuricidad y de daño al bien jurídico protegido, como por ejemplo en construcciones en dominio público costero o fluvial, parques naturales o espacios vírgenes de construcción; además en los casos de que se trate de zonas de construcción consolidadas que no procede la demolición en vía judicial con independencia de que sea la propia quien pueda resolver la cuestión con un criterio único en todas las construcciones de la zona. Además de esta fundamentación para que no se demuela lo ilegalmente edificado, existe otras como que no es responsabilidad civil derivada del delito, dado el carácter facultativo sujeto al arbitrio judicial, así como que tampoco está considerado como una pena.

Existen justificaciones para no proceder a la demolición al considerarse que el delito del art. 319.2 del C.P., es una norma penal en blanco que se nutre de elementos propios de otro sector público, concretamente del Derecho Administrativo Urbanístico, que contempla remedios, en principio suficientes para reaccionar frente a la construcción ilegal. La interpretación de aquella norma penal en blanco no puede llevar a incardinar dentro de este ámbito punitivo toda la actuación urbanística antijurídica, pues en tal caso se daría el resultado paradójico y perturbador de avocar hacía el Derecho Penal prácticamente toda la actividad

---

<sup>783</sup> AP de Cádiz (Sección 1ª), Sentencia núm. 313/2007 de 23 de octubre. En este supuesto la Sala mantuvo el criterio del juez de instancia que estimo no proceder a la demolición de las obras ilegales, dado que la necesidad de motivación que exige la ley, excluye el automatismo de la demolición, con el entendimiento que es lo que piensa el legislador al crear esta medida de carácter difuso, dado que esta medida se reserva a los supuestos en que existe un plus de antijuricidad y de daño al bien jurídico protegido como son los casos de construcciones de dominio público costero, o fluvial, parques naturales o espacios vírgenes de construcción en una zona donde aún se puede recuperar la finalidad primaria del terreno. Excluyendo la medida de demolición sobre aquellas construcciones que aunque son ilegales se producen en zonas consolidadas de construcción o zonas pendientes de regularización que evidentemente no van a volver a usarse conforme a su calificación.

sancionadora administrativa, convirtiendo a este Derecho, contrariamente a los fines que le sean propios, en herramienta o instrumento de la gestión administrativa.

También existen otros pronunciamientos judiciales que aunque declaran que no será asumible el criterio de que la edificación no sea exclusiva ni única, al existir otras en la zona o entorno, que se introduciría un elemento de juicio muy peligroso, que permitiría el efecto llamada para seguir ejecutando edificaciones ilegales sobre los despojos de lo aun preservado, llegándose al paroxismo de hacer en muchos casos de mejor derecho aquello en lo que el ataque al bien jurídico es más brutal, es decir sería intolerable el brocardo de que un acto contrario a derecho no puede ser nunca un derecho<sup>784</sup>.

Sentado lo anterior habrá casos que el ataque al bien jurídico protegido haya sido tan brutal y de tal envergadura, e inverterada en el tiempo por desidia y dejación de la propia Administración, que no haya nada que proteger, siendo desproporcionado cargarle a un solo culpable las consecuencias de una mala política administrativa, demoliendo la edificación. Otros casos parecidos los podemos encontrar en zonas concretas en las que existan verdaderos núcleos de población, consolidados, con calles asfaltadas, acerados, alumbrado público, servicio de recogida de basura que realmente esté constituida una zona residencial de *facto*, no siendo procedente ni lógico proceder a la demolición, pues con ello no se causaría un beneficio al bien jurídico protegido con nulas perspectivas de recuperación.

---

<sup>784</sup> AP de Jaén 1 de septiembre de 2003.

Si el juzgador no decreta la medida de demolición de la obra no es óbice en absoluto para que la Administración, que también debe velar por la lícita utilización del suelo, pueda acordar la medida restauradora, con el entendimiento que el juzgador penal no ha procedido a ningún impedimento para que pueda tener la Administración testimonio de la sentencia dictada, siendo preferible que sea la propia Administración la que resuelva este tema<sup>785</sup>.

La doctrina es muy crítica con las resoluciones judiciales que entienden que la medida de demolición debe tener un carácter absolutamente excepcional y de aplicación restrictiva, por ser contrario a los principio de congruencia y proporcionalidad. Uno de los detractores a esta tesis fue QUINTERO OLIVARES<sup>786</sup>, que teme que se extienda también al Derecho Penal, consiguiéndose un retroceso, ya que la demolición de la obra es a buen seguro lo que tiene mayor eficacia y fuerza de prevención.

Existe abundante jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal<sup>787</sup> en relación a la medida de demolición en los que el principio de proporcionalidad operara en dos tipos de supuestos:

---

<sup>785</sup>Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “Evolución jurisprudencial del concepto de demolición de obra desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 hasta la actualidad”, Cuadernos de política criminal, Nº 103, 2011, págs. 221-248.

<sup>786</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio, en las fronteras del Código penal y el derecho Administrativo sancionador”, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1997.

<sup>787</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Sentencia de 2 de octubre de 2002.

1º Con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el ordenamiento admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables.

2º Con carácter excepcional, y en conexión de buena fe y equidad, en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio, éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado. En los supuestos de actuaciones que se contradicen en el planeamiento urbanístico, la Administración resulta obligada a restaurar la realidad física alterada o transformada por medio de la acción legal. Si no existiera posibilidad de optar entre dos o más medios distintos no resulta de aplicación el principio de proporcionalidad.

En más de una ocasión el juez penal declina la medida de demolición a favor de la Administración, por carecer de aspectos relevante ante la decisión de derribar las obras ilegales, con el entendimiento, que a buen seguro la propia Administración sí posee estos datos, y al tratarse de una facultad le pasa el tanto de la culpa al Ayuntamiento competente.

### **III. COMPETENCIA PENAL SOBRE RESTAURACIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA**

Hemos tenido ocasión en hacer mención a lo largo de este trabajo que el delito del art. 319 del C.P., se ha incluido en el texto punitivo debido al fracaso del Derecho Administrativo, a la hora de perseguir las violaciones sobre la ordenación del territorio y el urbanismo a lo largo de las últimas décadas previas a la entrada en vigor del Código Penal de 1995.



En esta línea doctrinal se mueve SÁNCHEZ ROBERT<sup>788</sup>, al señalar que la práctica urbanística española, antes del Código Penal de 1995, demuestra que las autoridades y funcionarios con competencia en la materia de disciplina urbanística, no han ejercitado como debieran haberlo hechos sus facultades en materia de demolición, perpetuándose de esta manera, con el consentimiento tácito de la Administración, vulneraciones flagrantes al orden urbanístico; el hecho de que a partir de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, los Jueces y Tribunales de lo penal vengan investidos de las potestades en materia de demolición, no debe levantar alarma alguna, sobre todo si se tiene en cuenta que en el sector dentro del cual la misma se ha levantado es aquél que no puede, precisamente, presumir de haber ejercido oportunamente sus atribuciones.

Sin embargo RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ<sup>789</sup>, achaca el fracaso del Derecho Administrativo para el restablecimiento del orden jurídico conculcado, no a los administrativistas, ni teóricos ni prácticos, sino al fracaso de los aplicadores “*primarios*” de ese Derecho que están sentados en las cómodas poltronas de los Ayuntamientos, y también a los aplicadores “*subsidiarios*”, que teóricamente convocados por las regulaciones vigentes a suplir la inactividad municipal<sup>790</sup>, parecen ajenos a

---

<sup>788</sup>Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido escrito. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág. 336.

<sup>789</sup> RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “*Demolición por delito. El restablecimiento de la legalidad urbanística en la vía penal*”, op. cit., pág.2.

<sup>790</sup> MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “*Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra la ordenación del territorio*”, op. cit. pág. 308. Los Tribunales no suelen ordenar la destrucción de la edificación. La consecuencia es la perpetuación de la construcción ilegal, pues –difícilmente- la Administración va a proceder a un derribo que el propio juzgador que imponen la condena no ha considerado oportuno imponer.

tanto desmán mientras “ordenan el territorio” en las amplias estancias de las sedes de los distintos Gobiernos autonómicos.

Al inicio, la aplicación del precepto del 319.3 del C.P. no fue muy bien acogido por la Jurisdicción penal, pues se interpretaba como una facultad y no como una obligación, con el entendimiento de que se trataba de un poder discrecional para el juez de lo penal, en el que solamente debía de motivarse y fundamentarse la medida de demolición, no así si se procedía a decretar la no demolición.

Pero en este momento todo está cambiando por las circunstancias de que los jueces del orden criminal se están familiarizando y especializando en esta materia urbanística, así como en los conceptos administrativos que se pueden aplicar en los delitos del art. 319 del C.P. Por estos motivos actualmente se está aplicando tanto por los juzgados del Orden Penal como por las Audiencias Provinciales la medida de demolición, cuando tienen la certeza absoluta de que las edificaciones construidas ilegalmente no son legalizables, y no existe otra forma de restablecer la legalidad urbanística.

Como era de esperar, los primeros pronunciamientos judiciales<sup>791</sup> en referencia a la orden de demolición fueron muy dispares, sin que existiera un patrón único o común en que apoyarse los justiciadores, ejemplo de ello lo tenemos en los pronunciamientos de algunas Audiencias Provinciales , pues hay quien señala que la demolición se hace con el objeto de reposición de las cosas al estado anterior a la agresión al bien jurídico (AP de Jaén 273/2006, de 30 de octubre), para otras, la demolición es un contenido

---

<sup>791</sup>Vid. RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “Demolición por delito. El restablecimiento de la legalidad urbanística en la vía penal”, op. cit., pág.8. Para este autor en los pronunciamientos judiciales en un inicio los criterios interpretativos que se utilizaban resultaban evanescentes, cuando no simplemente improvisado.

necesario de la responsabilidad civil por el delito (AP de Palencia núm. 108/1998, de 31 de diciembre), sin embargo, la AP de Jaén núm. 288/2006, de 31 de diciembre considera que se trata de un medida reparatoria con efecto disuasorio. Para la AP de Burgos de 29 de marzo de 2003, la única forma de reestablecer la legalidad urbanística vulnerada al construir en terreno no urbanizable, es mediante la demolición de lo indebidamente construido. También hay otras Audiencias Provinciales como la de Alicante que en su Sentencia de 27 de diciembre de 1999, señala como criterios para motivar la medida de la democión en el orden penal los siguientes:

- a) La gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción.
- b) La proporcionalidad de la medida en relación con el daño que causaría al infractor, en caso de implicarse sólo intereses económicos, o verse afectados derechos fundamentales como el uso de la vivienda propia.
- c) La naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción, teniendo en distinta consideración los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas, etc.

#### IV. LA DEMOLICIÓN NO ES UNA SANCIÓN

Se debe negar que la demolición sea una sanción<sup>792</sup>, sino todo lo contrario, se trata de una medida de restablecimiento de la legalidad urbanística alterada o reposición física a su estado originario<sup>793</sup>. Tanto la sanción como la medida de restablecimiento se rigen por sus propios principios y diferentes, además no le son aplicables al expediente incoado para el restablecimiento de la legalidad conculcada, las garantías del procedimientos sancionador, eso sí, aunque estos dos instrumentos de protección son compatibles y conectados entre sí, esta dualidad no infringe el principio non bis in idem.

El Tribunal Supremo distingue el doble ámbito de actuación de la propia Administración al afirmar que, “es necesario distinguir ente la prescripción del ejercicio de facultad sancionadora de la Administración y el de utilización de las medidas tendentes a la estricta subsanación de la realidad material alterada<sup>794</sup> y sin que, pueda haber confusión conceptual

---

<sup>792</sup>Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido escrito. El artículo 319 del Código Penal*”, *op. cit.*, pág. 340. La demolición de la obra, como medida para restaurar el orden urbanístico vulnerado, carece del carácter de sanción como responsabilidad civil, cuando su imposición deriva de la comisión del delito (pese a que su autor no sea responsable). La demolición de obra, sin embargo, es independiente de la efectiva constatación de la comisión del delito: basta con que se haya cometido una ilegalidad, aunque no llegue a ser sancionada ni como delito ni como infracción administrativa, siempre que se haya vulnerado el orden urbanístico vigente, y ello incluso atendiendo a la redacción del Código Penal de 1995 anterior a la reforma de la LO 5/2010.

<sup>793</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “*La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios*”, *op. cit.* pág.280. Quizá el legislador haya querido recordar a los operadores jurídicos que la reposición de la realidad física alterada pasa por la demolición de lo indebidamente construido y constituye consecuencia lógica de la declarada afectación a la ordenación territorial.

<sup>794</sup> STS de 7 de noviembre de 1985.

entre acto sancionador y acto restaurador independiente de la licitud o ilicitud de la conducta”<sup>795</sup>.

En este sentido, el artículo 186.2 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, dispone que *“el procedimiento derivado del requerimiento que se practique instando la legalización y, en su caso, la reposición a su estado originario de la realidad física alterada se instruirá y resolverá con independencia del procedimiento sancionador que hubiera sido incoado, pero de forma coordinada con éste”*.

La observancia de la ordenación urbanística es ajena al Derecho sancionador, dado que la medida de demolición no constituye una sanción propiamente dicha, sino el mecanismo adecuado para el restablecimiento de la legalidad urbanística vulnerada. La medida de demolición, como restauradora del ordenamiento jurídico perturbado, es compatible y distinta de la imposición de sanciones a los responsables previa tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, sin perjuicio de las posibles responsabilidades de orden penal en que hubieran incurrido<sup>796</sup>. En la misma línea se pronuncia nuestro Alto Tribunal al considerar que no se trata de una sanción, dado que su finalidad es restaurar la realidad física alterada, y es independiente de las sanciones que puedan imponerse en el correspondiente procedimiento<sup>797</sup>.

---

<sup>795</sup> STS de 14 de julio de 1986.

<sup>796</sup> STS de 30 de junio de 2000.

<sup>797</sup> STS de 10 de marzo de 1989.

## V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA MEDIDA DE DEMOLICIÓN

Este principio es un instrumento jurídico que selecciona una actuación idónea para alcanzar un fin entre varias alternativas, siendo además un criterio de control de la discrecionalidad administrativa, no pudiéndose invocar el mismo para decisión sobre la conveniencia de proceder a la medida de restablecimiento del orden jurídico alterado, por operar por imperativo legal. En esta misma sintonía se encuentra nuestro Alto Tribunal<sup>798</sup>, al declarar en abundantes pronunciamientos judiciales, que no es posible la admisibilidad del principio de proporcionalidad con el objeto de eludir la medida de derribo, además no existiendo posibilidad de opción entre diversas alternativas. También en parecidos términos se pronuncia en otra resolución judicial<sup>799</sup> cuando declara que *“no tiene en cuenta la parte apelante, en cuando al principio de proporcionalidad, que se ha apreciado en el caso no sólo una infracción urbanística de naturaleza material, sino también vulneradora de ordenamiento urbanístico, que exige una restauración de la realidad física y el ordenamiento infringido, precisamente por aplicación del principio de proporcionalidad, de manera que en estos casos de demolición aparece como la única medida restauradora”*.

Siempre será proporcional acordar la medida de demolición cuando sea la única vía posible para la restauración del orden jurídico conculcado, por ello este principio requiere la necesidad de una adecuación entre el fin de interés público perseguido y los medios que se empleen para alcanzarlo.

---

<sup>798</sup> STS de 3 de julio de 1990.

<sup>799</sup> STS de 15 de marzo de 1997.

En el Derecho Administrativo, la proporcionalidad se puede encontrar en ámbitos diversos, permitiéndose una interpretación equilibrada del concepto de interés público. Consentida una intervención por razón del mismo, con la cobertura legal necesaria, será necesario preguntarse si la medida es necesaria, si cabe una intervención alternativa que lo pueda satisfacer igualmente y, en tal caso, si la misma resulta más favorable a la esfera de libertad del administrado. En este sentido el Tribunal Supremo nos recuerda que las normas de planeamiento pertenecen a la categoría de las normas que son denominadas imperativas o *congentes* y que, en virtud de su coercibilidad, una vulneración desencadena la reposición a su estado originario<sup>800</sup>.

Es interesante hacer mención a la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña<sup>801</sup>, que mantiene que el principio de proporcionalidad expresa, en general, la necesidad de una adecuación o armonía entre el fin de interés público que se persiga y los medios que se empleen para alcanzarlo, siendo esencial en el Estado social de Derecho (artículo 1.1 de la Constitución), con un relieve constitucional que se manifiesta especialmente en el ámbito de las intervenciones públicas en la esfera de los particulares.

El principio de proporcionalidad opera con carácter ordinario en los supuestos en que el Ordenamiento Jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables y sólo con carácter excepcional, y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los

---

<sup>800</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 15 de febrero de 2002.

<sup>801</sup> STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2002.

que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo.

Cuando nos encontremos en los supuestos con vulneración del planeamiento urbanístico, la Administración está obligada a proceder a la restauración de la realidad física transformada por la acción ilegal, no teniendo posibilidad de optar entre dos o más medios distintos no siendo procedente la aplicación del principio de proporcionalidad, y en su consecuencia como la Administración está vinculada a la Ley, como dispone el art. 103.1 de la Constitución, ésta queda obligada a proceder a tomar las medidas de restauración mediante la demolición de lo ilícitamente construido<sup>802</sup>. Es competencia del Tribunal determinar la legalidad o no de las obras, pero las consecuencias de tales determinaciones críticas sólo deben adoptarse una vez ponderadas todas las soluciones posibles en ejecución de sentencia, y teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad.

## **VI. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA DEMOLICIÓN Y LA REPOSICIÓN**

La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la STC 22/2009, de 26 de febrero, considera que la decisión judicial de suspender la demolición acordada en Sentencia firme, en expectativa de una futura modificación de la normativa urbanística que, eventualmente, la legalizara, supone una vulneración del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la

---

<sup>802</sup> STS de 16 de mayo de 1990.



ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos. En efecto, tomado en consideración que el principio general es la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y que sólo, de forma excepcional, cuando, en los términos previstos legalmente, concurren circunstancias de imposibilidad legal o material, debidamente justificadas, cabe inejecutar o suspender su cumplimiento, no puede admitirse que suponga un supuesto de imposibilidad legal o material la mera expectativa de un futuro cambio normativo.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 98/2006, de 27 de marzo (ponente Guillermo Jiménez Sánchez), analiza expresamente la solicitud de los demandante en amparo en relación a que el otorgamiento de éste traiga como consecuencia, no únicamente la anulación de las sanciones pecuniarias, sino también la de la obligación, asimismo impuesta en la resolución sancionadora, de reponer el medio alterado a su estado y ser anterior, demoliendo el invernadero construido y retirando los materiales empleados.

En esta *litis* el Tribunal anuló la multa impuesta por infracción del derecho a la legalidad sancionadora manteniendo la indemnización civil, y la obligación de reponer la realidad física alterada con la demolición del invernadero construido, al considerar que no se estaba ante una consecuencia represiva, retributiva o de castigo<sup>803</sup>.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha declarado en abundantes resoluciones la naturaleza no sancionadora de los expedientes de reintegración de la legalidad y reposición de la realidad física alterada.

---

<sup>803</sup> Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “Demolición por delito. El restablecimiento de la legalidad urbanística en la vía penal”, op. cit., pág. 44.

Para este Alto Tribunal se trata de una potestad estrictamente reglada de restauración del orden jurídico alterado que tiene un funcionamiento automático (*ipso iure*) que se activa cuando se constata su presupuesto, es decir la imposibilidad de proceder a su legalización o falta de rogación de ésta por el interesado<sup>804</sup>.

Para la STS de 30 de octubre de 1995, los razonamientos de irreparabilidad de la demolición en caso de un futuro cambio de destino o uso permitido de lo edificado no pueden conducir al mantenimiento de la infracción ante este hipotético cambio. Asimismo, no cabe, precisamente por su naturaleza puramente restauradora del orden legal y no sancionadora invocar el principio de proporcionalidad con la finalidad de conservar la edificación y no proceder a su demolición<sup>805</sup>.

Para la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su sentencia núm. 1182, de 29 de noviembre, no puede pretenderse la prescripción de un hecho aislado que se integra dentro de una amplia obra constructiva y transformadora, cuando el resto o el conjunto de tal actividad supuestamente delictiva ha ido mucho más allá en el tiempo hasta quedar concluida y no presenta el menor problema prescriptivo. Se trata en definitiva de un delito permanente, con lo que en todo caso el cómputo de la obra conjunta o única se iniciará cuando acabe con su consumación.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos, en su sentencia, de 29 marzo 2003, declara que la obra ejecutada no es, como se ha indicado y se ha acreditado pericialmente, una obra susceptible de

---

<sup>804</sup> STS de 3 de octubre de 1991, 15 de diciembre de 1992, 16 de octubre de 1995, 26 de septiembre de 1995, y 15 de febrero de 1996.

<sup>805</sup> STS 27 de julio de 1994 y 30 de octubre de 1995.

regularización o legalización y, en consecuencia, la única forma presente de restablecer la legalidad urbanística vulnerada al construir en terreno no urbanizable, es mediante la demolición de lo indebidamente construido.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sostiene que con independencia de lo que hayan ejecutado otros vecinos, no cabe obtener la legalización en aras de un pretendido agravio comparativo o arbitrariedad administrativa en relación a otras obras existentes en el mismo edificio, pues reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido declarando que no cabe invocar el artículo 14 de la Constitución ante situaciones que no guardan similitud, y respecto de las que no cabe establecer un término válido de comparación como ocurre cuando la actuación administrativa con el interesado se ajusta a la legalidad y aquella otra cuya aplicación se reclama y que puede resultar contraria a la Ley pues no cabe desigualdad ante la ilegalidad<sup>806</sup>.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 92/2004 (Sección 6ª), de 19 febrero, considera que la decisión de demoler, en todo caso motivada, puede adoptarse tanto en el supuesto de edificaciones no autorizables en suelo no urbanizable (párrafo 2º del art. 319), como en los casos en que las construcciones se lleven a cabo sin autorización 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 (párrafo 1º del art. 319).

---

<sup>806</sup> TSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso Administrativo, con sede en Málaga), sentencia núm. 3068/2003, de 24 de octubre.

La Audiencia Provincial de la Coruña, en su sentencia núm. 117/2004, declara que la demolición se hace precisa para la reposición de las cosas al estado anterior a la agresión al bien jurídico, y por exigirle razones de interés general y de prevención de ese orden y especial, así como la entidad del ilícito en su forma específica de consumación, y la flagrancia de la ilegalidad que lleva aparejada. En iguales términos se pronuncia la Sección Primera de Audiencia Provincial de Albacete en su sentencia 122/2007, de 17 de diciembre cuando sostiene que procede la demolición porque es necesaria para la reposición de la realidad física a su estado anterior.

Para el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Granada, en su sentencia 281/2008, de 17 de julio, sostiene que la demolición es absolutamente necesario para lograr el pleno restablecimiento del orden jurídico, pues de poco serviría la sanción y la eventual condena al resarcimiento por los posibles daños o perjuicios causados a un tercero que pudieran imponerse al autor del hecho si éste pudiera seguir saliéndose con la suya, dejando intacta y a su pleno disfrute la construcción ilícitamente realizada y convirtiendo así en una mera entelequia los fines preventivos y represivos de la pena asociada al delito.

La SAP de León, Sentencia de 13 de diciembre de 2001, no procede la demolición con el argumento de que tan grave resolución no se va adoptar, entendiendo que la construcción no causa perjuicios graves a terceros, sólo al planeamiento urbanístico municipal, que en su caso puede acordar la demolición en el oportuno expediente administrativo. Para la SAP de Cádiz, Sentencia de 7 de noviembre de 2003, no resulta apropiada la demolición pues tal como señala en el juicio el inspector actuante del

expediente de inspección urbanística, la construcción lo es en una zona que está consolidada de construcciones irregulares, todo ello sin perjuicio de la facultad de gobierno, policía y autotutela que a la propia Administración Municipal compete en orden a adoptar sobre el destino de las edificaciones la decisión que estime oportuna. Sin embargo la SAP de Jaén, de 6 de julio de 2006, justifica la demolición porque la edificación fue construida en una zona que merece una especial protección porque muy cerca de allí anidan águilas perdiceras con baja tolerancia a la presencia humana, especie en declive y considerada en niveles de especie amenazada en España y en Europa. La SAP de Jaén de 22 de marzo de 2007, no se decreta la medida de demolición para no conculcar los principios de igualdad (art. 14 CE) y de seguridad jurídica, toda vez que en el Paraje concreto existen al menos cuatro supuestos en los que no se ha acordado la demolición, evitándose con ello un trato discriminatorio y un agravio comparativo. La SAP de Sevilla de 19 de noviembre de 2008, mantiene la medida de demolición para dar protección y como acto de restauración de la legalidad urbanística, de reponer o restablecer a su primitivo estado el terreno en el que se levantó ilegalmente una construcción que ni estaba autorizada ni era autorizable.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, en su sentencia 277/2007, de 10 de mayo, decretó la demolición de la obras interesadas por el Ministerio Fiscal, sosteniendo que se trataba de un acto de restauración de la legalidad urbanística, de reponer o restablecer a su primitivo estado el terreno en el que se levantó ilegalmente una construcción, que ni estaba autorizaba ni era autorizable, y ello aún cuando el terreno en que se edificó no estaba revestido de especial protección. El

acuerdo de demolición es susceptible de ser adoptado tanto en los casos en que las construcciones se lleven a cabo sin autorización 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, como en el caso de edificaciones no autorizables en suelo no urbanizable, y que tratándose de la construcción ejecutada de una edificación que no es susceptible que por la Administración competente pueda ser objeto de legalización o autorización, sólo cabe a fin de restaurar la realidad física de la finca afectada por la ilegal edificación, decretar la demolición de la misma a costa de los acusados, habida cuenta que por demás, dicho derribo es la única forma en que puede ser restablecida la legalidad urbanística transgredida cuando se edificó ilegalmente en suelo no urbanizable ilegalmente. Siendo en este supuesto, la Sala consideró que el objetivo del legislador de preservar la ordenación del territorio quedaría frustrado con el rigor que quiere hacerlo, dejando a las Leyes Administrativas la restauración del derecho perturbado, cuando es precisamente la extracción de ese orden y la incorporación al orden penal, lo que hace que el rigor de la reacción sea mayor ante el concreto ataque que el tipo del artículo 319 prevé.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, en su sentencia 363/2007, de 29 de noviembre, desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cádiz, siendo el único motivo del recurso la demolición de la obra, que el Juez de Instancia no acordó aun cuando declaró responsable al acusado del delito contra la ordenación del territorio

del artículo 319.2 .Los argumentos que la Sala interpretó para decretar la no demolición de la edificación fueron los siguientes:

El Tribunal declaró que la regla general debe ser la demolición de lo construido constatando su incompatibilidad con el ordenamiento vigente, pero no obstante habrá que establecer qué criterios deben regir la excepcionalidad a la regla general.

Señalando la Sala que tampoco cabe confiar la solución en futuras, pero siempre hipotéticas, legalizaciones parciales o modificaciones sectoriales de un PGOU en ciernes, como tampoco considerar desde los Tribunales penales, como muchas veces se ha hecho en los casos menos graves como los del tipo del 319.2, que es la Administración la que debe actuar su potestad administrativa. Ninguna de estas soluciones tiene un mínimo sustento serio, ni se compece con el principio de legalidad y seguridad jurídica, además de suponer una incongruencia por *infrapetitum* cuando el Ministerio Público o asociaciones ecologistas, están instando un pronunciamiento fundado en derecho sobre una petición concreta de demolición.

Sería un contrasentido que se declarase constitutiva de delito una edificación y se deje a la administración urbanística acordar la demolición<sup>807</sup>, pues debe ser procedente que sea la jurisdicción penal la que acuerde la demolición, dado que el fin del legislador de preservar la ordenación del territorio con el rigor que quiere hacerlo, no sería factible dejando a las leyes administrativas la restauración del derecho perturbado, cuando es precisamente la extracción de ese orden y la incorporación del

---

<sup>807</sup> SAP de Jaén de 30 de marzo de 2007.

orden penal, lo que hace que el rigor de la reacción sea mayor ante el concreto ataque que el tipo en cuestión prevé<sup>808</sup>.

Parece en consecuencia que el único criterio seguro es el objetivo, es decir, el ataque consumado al bien jurídico y muy excepcionalmente la naturaleza misma de la construcción como tal, que pueda vislumbrar una razonable y merecida pervivencia futura.

La prevalencia del criterio objetivo es acorde con lo que debe ser la principal función que desempeña el precepto, esto es, en el ámbito de la política criminal como medida disuasoria general de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística.

Hacer prevalecer el criterio objetivo desde la óptica del bien jurídico tampoco debe llevar a posturas maximalistas que equiparen sin más a toda infracción urbanística definitivamente incompatible con el ordenamiento de la demolición. En línea de principio, no es asumible el criterio de que la edificación no sea exclusiva ni única, sino que existen otras en la misma zona o entorno, pues introduciría un elemento de juicio muy peligroso e inaceptable, pues permitiría precisamente ese efecto llamada para seguir realizando construcciones ilegales sobre los despojos de lo aún preservado, llegando incluso en este desafuero al *paroxismo* de hacer en muchos casos de mejor derecho aquellos en los que el ataque al bien jurídico es más brutal, criterio inaceptado por la inmensa mayoría de la jurisprudencia, bajo el brocardo de que de un acto contrario a derecho, no puede nacer nunca un derecho<sup>809</sup>.

---

<sup>808</sup> SAP de Alicante (Sección 1ª) de 27 de diciembre de 1999, y SAP de Madrid (Sección 6ª) de 19 de febrero de 2004.

<sup>809</sup> SAP de Jaén 1 septiembre 2003 y SAP de Cádiz 16 octubre 2006.



Habrán supuestos en los que el desequilibrio urbanístico en la zona concreta sea de tal magnitud, incluso inveterado en el tiempo, no exento muchas veces de una palmaria desidia y dejación de la Administración que, desde una dimensión geográfica concreta, prácticamente, por haber poco o casi nada que proteger, no sea proporcionado hacer cargar sobre un sólo culpable las consecuencias de una política de hechos consumados, a menudo contemplada con aprobación por buena parte de los electores y tolerada cuando no propiciada, al menos lo parece muchas veces desde las Administraciones con responsabilidades en la formación ordenada de núcleos de población, y que suelen olvidar que sus responsabilidades también alcanzan la preservación del suelo como recurso de interés general y no particular. Es en estos casos donde la proporcionalidad y congruencia de la respuesta penal deben acompañarse al caso concreto de manera que pueda ser comprendida y valorada por la sociedad a la que se dirige.

La mera existencia de construcciones aisladas más o menos diseminadas en la zona pero sin conformar núcleos residenciales en el sentido usual, no es suficiente para conservar la edificación. Sin embargo, cuando en una zona concreta se prueba que más que diseminación urbanística, lo que existe es un verdadero núcleo de población consolidado a medias, con calles asfaltadas, alumbrado público o servicios de basuras y si a ello se añade, que numerosas viviendas de la zona datan de una antigüedad de los años setenta y ochenta, constituyendo una zona residencial de facto, no es lógico ni comprensible acordar judicialmente la demolición de una construcción aislada pues con ello sólo se causaría un perjuicio innecesario y ningún beneficio concreto al bien jurídico a proteger de escasas, por no decir, nulas perspectivas de recuperación.

La Sala, a la hora de resolver la presente *litis*, hizo alusión a una sentencia de esa misma Sección que se conoció en grado de apelación, el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal que decretó la no demolición de la edificación, y que concretamente está ubicada en la misma zona que el caso que estamos analizando, pero con la diferencia de que las obras se ejecutaron unos años antes. En aquella, la Sala argumentó la existencia de características singulares y especiales que aconsejaron un tratamiento diferenciado, en tributo a su llamativa singularidad, por tratarse de una zona altamente ocupada por numerosas construcciones irregulares en lo que parecía un núcleo de población consolidado con calles asfaltadas, alumbrado público, recogida de basura, servicio de autobuses urbanos etc.

Por ello, el Tribunal declaró que debía ser la administración con potestad para ello la que resolviera con un criterio unitario para todas las parcelas de la zona en idéntica o similar situación. Por ello, en este caso que obviamente tiene clara identidad de razón, quebraría el principio de igualdad consagrado en la Constitución si actuáramos de otro modo.

A mayor abundamiento también se tuvo en consideración la testifical del Inspector de la Gerencia que declaró que lleva veinte años haciendo inspecciones allí y nunca ha visto una demolición en la zona, y que se trata de una urbanización con asfaltado, luz y agua, además un testigo dijo que en la zona había mil contadores de agua, colocación de farolas, etc.

La Audiencia sostuvo a la hora de resolver este litigio que excepcionalmente, y también por imperativos del principio de igualdad, debe reservarse en este caso a la Administración en uso de sus competencias, el expediente abierto e inicialmente suspendido por la

pendencia del proceso penal, la posibilidad de llevar a cabo dicho derribo por no ajustarse al planeamiento urbanístico.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con Sede en Sevilla, en su Sentencia de 22 de mayo de 2006, señaló: *“resulta inútil a los efectos de la resolución del presente, especular con el desarrollo futuro de los instrumentos de desarrollo del planeamiento y desde luego resulta antijurídica la conducta del Ayuntamiento que en lugar de actuar conforme a Derecho y salvaguardar la legalidad urbanística, deja caducar el expediente de restauración del orden urbanístico, con el pobre argumento jurídico de futuros instrumentos de planeamiento que pudieran contemplar dichas obras. Por tanto, que en un futuro las construcciones pudieran resultar legalizadas en función del desarrollo del planeamiento, en nada empece a la corrección de la resolución recurrida en cuanto declara la ilegalidad de las obras y su demolición; lo que interesa es comprobar si en atención al planeamiento vigente y aplicable son posibles las construcciones realizadas sin la preceptiva licencia, y desde luego en este caso la respuesta ha de ser rotundamente negativa”*.

La AP de Sevilla, en su sentencia de 2 diciembre 2011, desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a sentencia que aun cuando condenó al acusado como autor de un delito contra la ordenación del territorio, no decretó la demolición de lo ilegalmente edificado. Señala el Tribunal, entre otros pronunciamientos, que ni el tenor literal del art. 319,3 del CP de 1995, vigente al momento de los hechos, ni la redacción actual del mismo, operada tras la entrada en vigor de la LO 5/2010, permiten afirmar que la demolición de lo construido sea la consecuencia obligada, necesaria e ineludible de la comisión de un ilícito de esta naturaleza. El *“en cualquier caso.”* con que se inicia la redacción

del artículo puesto en relación con la elección del verbo escogido en el predicado “*podrán*”, solo puede interpretarse en el sentido de que cuando el legislador menciona “*en cualquier caso*”, se está refiriendo a que tanto en los supuestos a los que se refiere el número primero del precepto como los del número segundo, cabe la posibilidad de la demolición. Esto es, con independencia de las calificaciones de los suelos sobre los que se hayan hecho las construcciones o edificaciones, cabe la posibilidad de acordarla, siempre motivadamente. Pero más aún, si el texto insiste en exigir lo que por sí es mandato constitucional de cualquier decisión judicial, esto es, que se motive, lo hace porque estima que el automatismo no cabe en una decisión de esta naturaleza por el hecho de que exista el delito.

La SAP de Sevilla de 7 septiembre 2011, estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por las condenadas en la instancia como autoras de un delito contra la ordenación del territorio. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que el texto literal del art. 319,3 CP 95, en el que se dice que los jueces o tribunales “*podrán*” acordar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, ha hecho surgir dudas y respuestas discrepantes. Existen órganos judiciales que consideran que la introducción de esa expresión, “*podrán*”, lo que abre es una facultad excepcional. Sin embargo, ni desde el punto de vista gramatical ni desde una perspectiva legal puede identificarse discrecionalidad con excepcionalidad. Entiende el Tribunal que en definitiva, la decisión sobre si ha de acordarse o no la demolición, ha de ponerse en relación con la naturaleza misma de estos delitos, y con la respuesta general del ordenamiento jurídico respecto de la restauración de la legalidad urbanística.

La STSJ de Baleares Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 marzo 2000 establece que constituye el objeto de este recurso la resolución municipal por la que se ordenó la demolición a costa del recurrente, de las obras de ampliación efectuadas. Afirma el TSJ que el recurrente solicitó la licencia de obras siguiendo el requerimiento efectuado por el ayuntamiento, sin que se diese la oportunidad de subsanar, dado que por el instructor del expediente se produjo la propuesta de demolición, lo que determina la estimación del recurso, por cuanto la orden de demolición no puede adoptarse de plano, y la suspensión no sólo determina que el promotor deba paralizar la obra afectada, sino también que despliegue la actividad dirigida a su legalización, y sólo en el caso de no lograr la legalización se procederá a la demolición.

La Sentencia de la AP de Sevilla de 18 de marzo de 2010, tiene reconocido que la demolición es ya mayoritariamente considerada como verdadera consecuencia civil derivada de un ilícito penal, con sustento en el art. 109 y siguiente del Código Penal en cuanto hablan de la reparación del daño y que podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquel y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa, siendo su única especialidad la que deriva de ser el bien jurídico protegido de naturaleza supraindividual y por ello la, colectividad como el verdadero titular de ese derecho a la reparación. Sin embargo, para la misma Audiencia, en su sentencia de 29 de julio de 2008, declara que la demolición específicamente contemplada en este precepto, equivaldría a la reparación del daño mediante imposición de una obligación de hacer

prevista con carácter general en el art. 112 del Código Penal. De lo contrario, la intervención penal llevaría consigo, de modo paradójico, la consagración física del resultado del delito sin posibilidad ulterior de reparación.

La AP de Almería, en su Sentencias 15 de diciembre de 2010, declara que la demolición debe ser la regla general como única medida posible para restaurar el daño causado al bien jurídico protegido, porque de otra forma se perpetuaría el daño causado sin solución, lo que supondría la ineficacia de la finalidad preventiva que pretende la norma penal, que se eludiría fácilmente sin mucho riesgo ni personal ni económico.

Para la AP de Ciudad Real en su Sentencia 1 de marzo de 2012, aun aceptando que la demolición no tiene carácter imperativo y recordando la ya transcrita expresión del Tribunal Supremo de que resulta proporcional y adecuada sea cualquiera la intensidad de la agresión, tan sólo podrían admitirse como excepciones las mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto de la autorización administrativa, que no atenten realmente contra el uso del suelo ni entrañen modificación de su uso o destino, y aquellos otros supuestos en los que ya se hayan modificado los instrumentos de planeamiento, haciendo ajustada a norma la edificación o construcción.

La AP de Cáceres, en su Sentencia de 26 de abril de 2012, dispuso que en primer lugar debe destacarse que una cosa es que no se acuerde en el ámbito penal esa demolición, y otra que ello suponga que en vía administrativa no es donde se considere que debe procederse a ponderar la necesidad del derribo o no, pero en este supuesto debemos compartir con la juzgadora “*a quo*”, que debe acordarse esa consecuencia necesaria e imprescindible en supuesto como el presente. Nos encontramos con que esa

construcción estaba en una primera fase, que la autoridad administrativa actuó diligentemente para paralizar la citada construcción, y que por lo tanto, y si el bien jurídico protegido es la protección territorial y paisajística como bien de la comunidad como tal, el mismo no quedaría salvaguardado si no se procediera a reponer las cosas como tenían que estar antes de que la infracción penal se hubiera producido.

La AP de Jaén, en su Sentencia de 24 de julio de 2008, señala que ciertamente la demolición no es una sanción, sino una medida de carácter reparativo, de lo que se deduce que tal calificación permitiría dejar sin efecto la condena a la demolición si se produce una modificación del planeamiento que la convirtiera en innecesaria. La demolición no puede calificarse como responsabilidad civil derivada del delito dado su carácter facultativo; no es una pena, puesto que no está recogida en el catálogo de penas previstas en el Código Penal, sino que es una consecuencia jurídica del delito prevista en la norma, que en definitiva puede restaurar el orden jurídico conculcado, y en el ámbito de la política criminal, disuadir de llevar a cabo edificaciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística en concreto y sobre todo contra el bien jurídico protegido, que no es otro sino contra la utilización racional del suelo orientada a los intereses generales, debiendo tenerse en cuenta que la consideración de la demolición como parte de la responsabilidad derivada del delito permite dejar la misma sin efecto si, después de establecida en sentencia, se produce una modificación del planeamiento que la convierta en innecesaria, por lo que la posibilidad de una futura legalización no obsta a su ordenación en el ámbito penal<sup>810</sup>.

---

<sup>810</sup> En el mismo sentido se pronuncia la AP de Pontevedra, en su Sentencia de 8 de julio de 2008.

La AP de las Palmas, en su Sentencia de 29 de abril de 2011, declara que el hecho de no acordarse de que la obra sea demolida, no significa en absoluto que la realidad opere a modo de sanción legalizadora, ya que, pronunciándose la jurisdicción penal, sobre una conducta ilícita que ha atentado contra la ordenación del territorio, el hecho de que el Juez Penal, por así haberlo querido expresamente el legislador, no considere oportuno acordar en dicho ámbito penal la demolición de la obra, no impide, que en otro marco, el administrativo, marco que también ha de velar por la lícita utilización del suelo, pueda ser acordada la misma.

La AP de Barcelona, en su Sentencia de 10 de enero de 2012, acuerda que partiendo del carácter facultativo de la condena del apartado 3º del artículo 319 del C.P., de la prueba obrante en autos ha quedado acreditado que la construcción cuya demolición se pretende se halla en una urbanización de la que la Administración no sólo ha adoptado una actitud en general pasiva, sino que la urbanización se ha consolidado a nivel de infraestructura y suministros, teniendo luz, agua, recogida de basura o transporte público, como se recoge en la fundamentación de la sentencia y que no ha resultado controvertida, es más, se grava a los propietarios con los impuestos y tasas locales en el acto del juicio de los intentos de legalización, siendo que a mayor abundamiento la legalidad urbanística no quedaría restablecida por la demolición de la vivienda litigiosa, dada la existencia de numerosas construcciones de características similares a la misma, por lo que la Sala comparte la fundamentación del juez *a quo* respecto a la no aplicación en este supuesto de la demolición de la construcción, sin perjuicio de que en el marco administrativo prospere la misma. La demolición de la obra o la reposición a su estado originario de la



realidad física alterada, son medidas que poseen un carácter más civil que penal. Se trata de restaurar la legalidad, de volver a la situación jurídica y fáctica anterior a la consumación del hecho.

La AP de Sevilla en su Sentencia 26 de marzo de 2010, señala que no obsta el que por parte de los organismos competentes se esté tratando de regularizar la situación, tales como proyectos de avance del nuevo plan general de ordenación urbana del municipio, donde aparece la propuesta de hacer la zona urbanizable, conviniendo recordar en este punto que nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de marzo de 1996, ha señalado en relación al avance, que no cabe duda de que es un acto de puro trámite, que sólo sirve para ilustrar la voluntad administrativa del órgano urbanístico, y que puede plasmarse más tarde (o no plasmarse) en instrumentos de planeamiento que, llegados a su trámite definitivo, podrán ahora sí, ser impugnados por los interesados. Así lo tiene reconocido la jurisprudencia de esta Sala, de la que es una muestra la sentencia de 19 de febrero de 1992 a cuyo tenor *“la finalidad de los avances es puramente interna y preparatoria del planeamiento, y a diferencia de los planes no tiene carácter normativo, pudiendo el Ayuntamiento recoger el contenido del avance, en todo o en parte, o bien modificarlo”*.

La AP de Madrid de 19 de febrero de 2004, tiene manifestado que la necesidad de que se acuerde la demolición solicitada viene respaldada por uno de los principios que inspiran el derecho ambiental de obligar a restablecer el medio ambiente a su estado inicial, estimando que demorar al acusado unos cuantos años de disfrute de una construcciones a todas luces ilegales, pone en tela de juicio la eficacia del delito contra la ordenación del territorio que tipifica el Código Penal en su artículo 319.

El TS (Sala de lo Penal, Sección 1<sup>a</sup>), en su Sentencia de 21 de junio de 2012, tiene declarado que podrían admitirse como excepciones, las mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa y aquellas otras en que ya se hayan modificado los instrumentos de planeamiento, haciendo ajustada a norma la edificación o construcción. Esto, en atención al tiempo que puede haber transcurrido entre la comisión del delito y la emisión de la sentencia firme, puede insertarse en que las obras de potencial demolición se encuentran en área consolidada de urbanización, pero no puede extenderse esa última excepción a tan futura como inciertas modificaciones que ni siquiera dependerán competencialmente en exclusiva de la autoridad municipal; pues de acceder a ello no solo se consagrarían todas las negativas consecuencias sino que incluso se consumaría un nuevo atentado a la colectividad, beneficiándose los infractores en el futuro de servicios de saneamiento y otros de carácter público que les habrían de ser prestados, en detrimento de quienes adquirieron el suelo a precio de urbano, con repercusión de tales servicios y acometieron la construcción con los oportunos proyectos y licencias, amén de que la eficacia de las normas no puede quedar indefinidamente al albor de posibles cambios futuros de criterios, lo que llevado a sus últimas consecuencias, obligaría a suspender la mayoría de las sentencias, ante la posibilidad o el riesgo de que el legislador modifique los tipos correspondientes o incluso despenalice la conducta.

## VII. LA REPOSICIÓN A SU ESTADO ORIGINARIO DE LA REALIDAD FÍSICA ALTERADA

Con la modificación del Código Penal a través de la Ley Orgánica 5/2010, se ha añadido también con carácter potestativo en el apartado tercero del artículo 319.3, que los Jueces o Tribunales podrán ordenar la reposición a su estado originario de la realidad física alterada. Esta medida es diferente y no se puede confundir con el resarcimiento del daño, ni con la sanción que se le puede imponer al infractor de una conducta delictiva.

Estamos de acuerdo con la opinión de POZUELO PÉREZ<sup>811</sup>, al manifestar en referencia a la reposición a su estado originario de la realidad alterada, que es positiva la previsión que hace la reforma del Código penal, pues los delitos contra la ordenación del territorio afectan a suelos de especial protección de diversa índole, como pueden ser reservas naturales o suelos de especial valor histórico, artístico o cultural, dado que en supuestos como éstos puede ser necesario, además de la demolición, reparaciones adicionales del daño causado a aquellos elementos que motivaron la especial protección (las riquezas naturales, los monumentos históricos, etc.).

Aunque esta es una novedad que se inserta en nuestro texto punitivo a través de la reforma de la L.O.5/2010, no es menos cierto, que el art. 339, como disposición común que se aplica a todos los delitos que están incluidos en el Título XVI del Código Penal, al disponer que los Jueces o

---

<sup>811</sup> POZUELO PÉREZ, Laura, “*Derecho penal de la construcción. La delincuencia urbanística*”, op. cit., pág. 58.

Tribunales motivadamente ordenarán la adopción, a cargo del autor<sup>812</sup> del hecho, las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título. Se trata como vemos, de unas medidas cautelares y de reposición del equilibrio ecológico, con amparo en el principio de que quien contamina paga y repara, pues es una medida que tiene como objetivo, la reparación del daño que ha causado el autor del delito, siendo medida de reparación a su costa, y de forma independiente de la posible responsabilidad civil de la propia comisión del delito. Esta medida, al igual que sucede respecto de la demolición, es una posibilidad no necesaria consecuencia de la condena, debiendo ser especificada con claridad por el legislador la manera de llevarse a cabo<sup>813</sup> GÓRRIZ ROYO<sup>814</sup> añade que en principio, cabría plantearse la posibilidad de adjudicar a la reposición del artículo 319.3 del Código Penal, una naturaleza jurídica de medida integrante de la responsabilidad civil derivada del delito, con base en el artículo 112 del C.P., como manifestación de una obligación de hacer. Pero también para esta autora, aunque la medida de reposición coincida con una obligación de hacer - reparar- su naturaleza y fundamentos son distintos, pues la del artículo 319.3 del C.P. no se dirige a reparar un interés privado, sino a la restitución

---

<sup>812</sup> Vid. SERRANO GÓMEZ, Alfonso /SERRANO MAÍLLO, Alfonso/SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, “Curso de derecho penal. Parte especial”, op. cit., pág. 454. El condenado debe asumir el coste de la demolición.

<sup>813</sup> Vid. CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro, “El delito contra la ordenación del territorio tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal”, *Práctica Urbanística*, núm. 100, enero 2011.

<sup>814</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “Demolición, reposición, responsabilidad civil y comiso en los delitos sobre la ordenación del territorio: El apartado 3º, art. 319 CP (conforme a la LO 5/2010, de 22 de junio)”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010.

del orden jurídico-urbanístico conculcado, de modo que cese la lesión al bien jurídico atacado<sup>815</sup>.

En este mismo sentido señala SÁNCHEZ ROBERT<sup>816</sup>, que anteriormente se utilizaba el artículo 339 del Código Penal, con carácter general, para devolver al estado originario la realidad física que había sido alterada, pero al introducir el artículo 319.3, mediante la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, la reposición específica para el artículo, la aplicación de éste resulta más adecuada, dejándose así la utilización del artículo 339 del CP, para otros casos en que no se aluda expresamente en la propia regulación del delito en cuestión, a la reposición de dicha realidad física alterada.

En nuestra opinión, consideramos que la medida de restauración a la que alude el art. 319.3, en muchas ocasiones las conductas delictivas en la ejecución de obras de construcción, llevan añadidos aterramientos y deforestaciones que requieren para la restauración de la realidad física alterada, realizar otras funciones diferentes a la demolición, además como consecuencia de esta medida se puede llevar a cabo la realización de trabajos consistentes en la retirada de los escombros generados por la demolición de obras, en reposición de la masa arbórea eliminada, la restauración de la cubierta vegetal<sup>817</sup>.

---

<sup>815</sup>Vid. el art. 49.2 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que hace alusión a los tipos de actividades que se pueden realizar con el objeto de proceder a la restauración de la legalidad urbanística alterada.

<sup>816</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág. 376.

<sup>817</sup>Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*idem*”, pág. 375.

Sobre la inclusión en el Código Penal de esta medida de reposición un sector de doctrina considera que se ha introducido la exigencia de reparación del orden urbanístico vulnerado, con lo que se exhorta a los órganos jurisdiccionales a que adopten, asimismo, las oportunas medidas de restauración del territorio a su estado anterior. Se trata de una medida estrechamente vinculada a la demolición que, precisamente por el carácter implícito en ésta, con frecuencia en la práctica pasa desapercibida o no se aplica, a pesar de los indudables efectos de prevención general que puede desplegar y, en definitiva, de mayor tutela del bien jurídico protegido que puede comportar<sup>818</sup>.

Creemos que es acertada la opinión de SÁNCHEZ ROBERT<sup>819</sup>, cuando entiende que la medida de reposición a su estado originario de la realidad física alterada, debe de acordarse con independencia de si el autor del delito fallece por ejemplo, en el tiempo comprendido entre la resolución judicial y su ejecución, lo que sería imposible sostener si se estimase la naturaleza penal de la demolición, en la medida en que la responsabilidad penal es personal e intransferible *mortis causa*, pues no sería razonable que una construcción en suelo de especial protección permaneciera indefinidamente en su ilegal ubicación, beneficiando a los herederos, por el hecho del fallecimiento del infractor.

---

<sup>818</sup> Vid. Grupo de Estudios de Política Criminal, *“Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas”*. Edita Grupo de Estudios de Política Criminal, Sección de Málaga del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Málaga, 2010, pág. 25.

<sup>819</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, *“Evolución jurisprudencial del concepto de demolición de obra desde el Código penal de 1995 hasta la actualidad”*, Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época, Núm. 103, Mayo 2011, Sección jurisprudencial.

En nuestra opinión, esta medida, a diferencia de la demolición que tiene como fin derribar la construcción edificada ilegalmente, se trata de la ejecución de trabajos tendentes a dejar el suelo o lugar en su estado primigenio y lo más parecido o idéntico posible a como estaba con anterioridad a la comisión de la conducta delictiva.

Al igual que se ha aludido en el epígrafe dedicado a la medida de demolición, la reposición de la realidad alterada es una medida no sancionadora y con un carácter facultativo para los Jueces y Tribunales, que *podrán* tener aplicación junto a la orden de demolición, pudiendo no ser acordada ésta y sí la medida de reposición en algunos supuestos. GÓRRIZ ROYO<sup>820</sup>, diferencia la medida de reposición de la del establecimiento en el art. 339 del Código Penal, al señalar que a diferencia de la medida de reposición del art. 319.3 del C.P., la del 339 del mismo cuerpo legislativo, sólo cumple una función reparadora cuando haya que volver a establecer el equilibrio ecológico; pero no cabe adoptarla a fin de restaurar el equilibrio del resto de valores inherentes a los suelos del art. 319 del CP. Con anterioridad a la inclusión de la medida del restablecimiento de la realidad física alterada por la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2012, ya existían en nuestro país pronunciamientos judiciales que establecían esta medida, como puede ser ejemplo de ello, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 7 de julio de 2009, (Sección 1ª). En este caso concreto el acusado en un suelo clasificado como suelo no urbanizable protegido por yacimiento de interés científico, procedió a la realización urbanística no autorizada, al no habersele

---

<sup>820</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “Demolición, reposición, responsabilidad civil, y comiso en los delitos sobre la ordenación del territorio: el apartado 3º, art. 319 CP (conforme a la LO 5/2010, de 22 de junio”, op. cit., Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXX (2010), pág. 163.

concedido la licencia de obras ni la autorización de la Administración de Cultura con el objeto de salvar las dificultades para acceder a sus propiedades, empleando su propia maquinaria. En este supuesto entre otras penas, el acusado fue condenado al restablecimiento de orden jurídico conculcado, consistente en colocación de un muro de mampostería para contener el talud en toda la extensión excavada en el carril.

### **VIII. TERCERO DE BUENA FE ANTE LA DEMOLICIÓN Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

Existen abundantes supuestos en los pronunciamientos judiciales que decretan la medida de derribar lo ilegalmente construido que afectan negativamente y perjudicando a terceros de buena fe, como ocurre en los casos en que una edificación ha sido construida al margen de la legalidad, siendo adquirida por una persona que no ha participado en la conducta delictiva, y con desconocimiento de que dicha construcción se ha efectuado de manera ilegal. En estos supuestos, los tribunales deben de tomar la decisión de proceder a la demolición, independientemente de que el infractor de la conducta punible deba resarcir a los terceros de buena fe. En estos supuestos será requisito que los perjudicados por la medida de demolición sean llamados al procedimiento penal en calidad de perjudicados. En este mismo sentido se manifiesta RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ<sup>821</sup>, al señalar que en principio, los terceros de buena fe que se vean perjudicados por la orden de demolición habrán de ser traídos al

---

<sup>821</sup> RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “*Demolición por delito. El restablecimiento de la legalidad urbanística en la vía penal*”, op. cit., pág. 121.



proceso penal, dándose a éstos la necesaria audiencia. En cuanto a la posible indemnización a cargo del autor del hecho, en los extraños supuestos en que pueda concurrir un tercer adquirente de la obra al que pueda atribuirse buena fe, en la convicción de la legalidad de la misma debe de tener el perjudicado intervención en el proceso.

Para BOLDOBA PASAMAR<sup>822</sup>, la expresión “*sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe*”, pretende salvaguardar las acciones civiles que pudieran corresponder a los adquirentes de buena fe de una construcción o edificación que resulte demolida.

No será necesario demandar estas indemnizaciones mediante un nuevo procedimiento civil, dado que el juez penal deberá fijar directamente en la resolución judicial las indemnizaciones a estos perjudicados de buena fe.

Se puede conceptualizar como terceros de buena fe a aquellas personas que no intervengan ni como autor ni como cómplices en los delitos relativo a la ordenación del territorio y el urbanismo, que resulten perjudicados por la comisión delictiva, así como el tercero adquirente que no tenga conocimiento del carácter u origen de la conducta delictiva.

---

<sup>822</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit. pág. 207.

Están comprendidos como terceros de buena fe<sup>823</sup> los que han sido directamente perjudicados por el hecho delictivo, y no los titulares de una acción de repetición, ni los que están enlazados con las víctimas con relaciones contractuales que se ven afectados por el hecho punible y que en realidad, no derivan de él sino de la sentencia condenatoria. Conforme a ello podría cuestionarse que los sujetos citados en el texto sean perjudicados directos por el delito, si bien la restricción sería mayor, y no habría duda sobre su exclusión si se entendiese que los terceros de buena fe han de ser los perjudicados directos por la demolición, esto, sólo para quienes resulten ser los adquirientes de buena fe de lo edificado o construido que está sujeto a la demolición, aunque realmente en la ley no hay base suficiente para establecer tal restricción<sup>824</sup>.

En este sentido se pronuncia BOLDOVA PASAMAR<sup>825</sup>, al señalar que puede resultar dudoso considerar como terceros de buena fe, en relación con la medida establecida en el precepto, a los suministradores de maquinarias o material, y a los trabajadores de la obra.

La comisión del delito del art. 319, también trae como consecuencia la responsabilidad, pudiendo ejercitarse tanto en vía penal como ante la

---

<sup>823</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*idem*”, pág. 208, para este autor en cierto modo la medida de demolición guarda relación con el comiso de los efectos del delito, cuyo destino final no es otro que el de la destrucción si no son bienes de lícito comercio. Sin embargo, en la regulación del comiso el mismo se condiciona a que los bienes no pertenezcan a un tercero de buena fe, mientras que aquí la existencia de terceros de buena fe no tiene por qué impedir que se proponga la demolición de la obra. No obstante, sí podría condicionarse su imposición si hay terceros de buena fe a quienes, independientemente de las indemnizaciones previstas, con la demolición podrían irrogárseles perjuicios ulteriores no indemnizables (por ejemplo, la obligación de tener que abandonar la propia vivienda), o también cuando no exista garantías de que se vayan a satisfacer las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe prevista en el propio precepto.

<sup>824</sup> Vid. CASTILLERO MANZANARES, Raquel, “*Cuestiones procesales en la perseguibilidad de los delitos sobre la ordenación del territorio. El artículo 319 CP*”, Revista de Derecho y Proceso Penal, núm. 7, 2002, pág. 101.

<sup>825</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit. pág. 207.

Jurisdicción Civil a tenor de lo dispuesto en el artículo 109.2<sup>826</sup> del C.P. Para la exigencia de la responsabilidad civil es necesario que haya un perjudicado que ejercite la acción judicial, todo ello en relación con lo establecido en el art. 116<sup>827</sup> del C.P. que declara la responsabilidad civil de los criminalmente responsables. Esto no quiere decir que la demolición forme parte de la responsabilidad civil dado el carácter facultativo sujeto al arbitrio judicial

Considerando la demolición en el ámbito penal como una consecuencia civil<sup>828</sup>, sería necesario acudir al art. 112 del CP, donde se contiene que la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. La demolición y restauración en que consiste la reposición a su estado originario de la realidad física alterada son medidas de naturaleza civil, *ex art.* 110 CP, de modo que si el infractor no ejecutara a su costa la demolición, no podría, de conformidad con lo dispuesto en el art. 81 CP, suspender la pena<sup>829</sup>. DE LA CUESTA AGUADO<sup>830</sup>, sostiene que la doctrina reclama el reconocimiento expreso de la obligatoriedad de

---

<sup>826</sup> Art. 109 del Código Penal: 1. La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados. 2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil.

<sup>827</sup> Art. 116. del Código Penal, regula que toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios.

<sup>828</sup> Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “*La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios*”, op. cit. pág.280. Como consecuencia del delito se sigue previendo en el art. 319.3 CP una medida de naturaleza civil que es parte integrante del contenido de la reparación, que consiste en la posibilidad de que los Jueces y Tribunales puedan ordenar la demolición de la obra.

<sup>829</sup> Vid. art. 8.31 del Código Penal que dispone que serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena entre otros que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.

<sup>830</sup> Vid. DE LA CUESTA AGUADO, Paz, “*Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit. 981.

ordenar la reposición (y, si fuera necesario para ello la demolición) también en el art. 319 CP, por cuanto que, en ocasiones, se tiende a olvidar lo dispuesto en el los arts. 109 y ss del CP, así como la obligatoriedad de cumplir las sentencias, *ex art. 118 CE*.

A la responsabilidad civil se dedica el Título V del Código Penal en su capítulo I, bajo la rúbrica, “*de la responsabilidad civil y su extensión*”, en dicho capítulo se comprende los artículos 109 al 115, pudiéndose extraer de los mismos las siguientes notas: la ejecución de una conducta delictiva que la ley describa como delito o falta obliga a la reparación del daño y los perjuicios causados, pudiendo el perjudicado acudir a la vía civil con el objeto de la exigencia de responsabilidad civil. Esta responsabilidad de conformidad con lo establecido en el art. 110 del C.P., comprende la restitución, la reparación del daño, así como la indemnización de los perjuicios materiales y morales. La restitución, siempre que sea posible deberá ser el mismo bien, debiéndose abonar todos los deterioros y menoscabos determinados por el Juez o Tribunal independientemente de que el bien esté en poder de tercero de buena fe, en cuyo caso también debe ser restituido, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda, para ser indemnizado como consecuencia de delito o falta.

La propia reparación del daño puede consistir en la obligación de dar, de hacer, o de no hacer, de conformidad con la naturaleza del mismo, y en consideración a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, pudiendo además ser cumplida la obligación correspondiente por el culpable o ejecutadas a su costa. Si existiesen perjuicios materiales o morales, deben comprender además a los causados al agraviados, también los irrogados a familiares, y a terceros.

Interesa destacar que si la víctima del daño hubiese contribuido con su conducta a la producción del mismo, los Jueces y Tribunales pueden minorar los importes correspondientes a la reparación o si procede a la indemnización. La cuantía de los daños o indemnización debe de establecerse de forma razonada en las resoluciones judiciales, o posteriormente en ejecución de las mismas.

En palabras de SÁNCHEZ ROBERT<sup>831</sup>, la obligación de reparar los daños y perjuicios derivados de la comisión de un delito, se rige por una norma general, por el Código Penal, y en lo no previsto, por el Código Civil. Sin embargo existen excepciones, como ejemplo, tendríamos los delitos con específicas obligaciones de reparar, entre los que se encuentran los relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, al incluir el artículo 319.3 del CP expresamente los términos “*sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe*”.

La responsabilidad civil que estamos analizando se concreta en el precepto del art. 319.3 del C.P., cuando alude “*sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe*”. Nos podemos encontrar el supuesto de que la responsabilidad recaiga sobre la Administración, porque con su actuar obre de manera negligente al permitir la realización del ilícito, o bien la responsabilidad civil subsidiaria de conformidad con lo establecido en el art. 121 del C.P.<sup>832</sup>. Sostiene MUÑOZ CONDE<sup>833</sup>, que

---

<sup>831</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág. 378.

<sup>832</sup> Art. 121 del Código Penal, establece que el Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados..

debe tenerse en cuenta que si en el hecho hay algún tipo de responsabilidad de la Administración, porque de forma negligente o por mal funcionamiento de los órganos de control haya permitido la infracción urbanística, también podrá decretarse la responsabilidad civil subsidiaria de ésta conforme al art. 121.

En este mismo sentido se expresa SÁNCHEZ ROBERT<sup>834</sup> cuando alude en referencia a las indemnizaciones a terceros de buena fe, que podrían ser los adquirientes de un inmueble construido ilegalmente, debiendo tenerse en cuenta que si en el hecho existe algún tipo de responsabilidad de la Administración, porque de forma negligente o por mal funcionamiento de los órganos de control haya permitido la infracción urbanística, también podrá decretarse la responsabilidad civil subsidiaria de ésta.

No todos los delitos conllevan responsabilidad civil, sino que sólo algunos de ellos pueden ser fuente de obligaciones. Sólo el delito o falta que haya producido perjuicios cuantificables, bien sobre bases materiales, bien sobre espirituales o morales, puede generar, junto a la responsabilidad criminal, la civil como establece el artículo 116.1 del CP<sup>835</sup>. Nuestro ordenamiento jurídico ofrece al perjudicado un sistema que posibilita el ejercicio acumulado de la acción civil ex delito con la acción penal en un

---

<sup>833</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *“Derecho Penal. Parte especial”*, Editorial Tirant lo Blanch, 18 edición, Valencia, 2010, pág. 575.

<sup>834</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, *“Evolución jurisprudencial del concepto de demolición de obra desde el Código penal de 1995 hasta la actualidad”*, Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época, Núm. 103, Mayo 2011 Sección jurisprudencial.

<sup>835</sup> Vid. artículo 116.1 del CP: Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito o falta los jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.

proceso penal, pudiendo también, mediante acto expreso, renunciar a la acción civil o su reserva para un proceso posterior<sup>836</sup>.

En el ámbito de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, el perjudicado puede optar bien por el ejercicio de la acción en un procedimiento penal con condena e indemnización, o puede reservarse la acción civil para un posterior proceso en la jurisdicción civil<sup>837</sup>, no siendo posible entablar las dos acciones de forma paralela en dos jurisdicciones diferentes por razones de seguridad jurídica, con el objeto de impedir sentencias contradictorias.

## IX. EL COMISO COMO CONSECUENCIA DEL DELITO

Tras la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, se ha establecido en el artículo 319.3 del CP, “*que en todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*”<sup>838</sup>. En este sentido se pronunció el Consejo General del Poder Judicial, cuando emitió informe al Anteproyecto a la L.O. 5/2010, que recomendó la introducción de la

---

<sup>836</sup> Art. 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, regula que la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables.

<sup>837</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Demolición, reposición, responsabilidad civil y comiso en los delitos sobre la ordenación del territorio: El apartado 3º del art. 319.3 CP (conforme a la LO 5/2010, de 22 de junio)*”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXX (2010), para esta autora de optarse por renunciar a la acción civil o reservarla para un proceso civil posterior, el proceso penal por delitos urbanístico es preferente, porque en él se habría de determinar el sustrato fáctico de la reclamación que, asimismo, sería común para el ilícito penal del art. 319 del C.P. verificado y para la concreción del daño causado como consecuencia del concreto delito.

<sup>838</sup> Vid. SERRANO GÓMEZ, Alfonso /SERRANO MAÍLLO, Alfonso/SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, “*Curso de derecho Penal. Parte Especial*”, op. cit., pág. 454.

institución del comiso con el objeto de poder prevenir la posibilidad, si se da el supuesto de la imposibilidad de acordar la demolición por los jueces y tribunales, de que el beneficio que originan las construcciones ilegales vaya a parar a los bolsillos del infractor, es decir, el objetivo es conseguir que la conducta ilícita suponga un beneficio para su autor, que si por el motivo que sea, la construcción no puede o no debe ser demolida, el beneficio obtenido no llegue a las manos del autor de la infracción penal, en aras de evitar el efecto criminógeno de un incorrecto sistema de consecuencias del delito. Sobre este respecto, señala QUERALT JIMÉNEZ<sup>839</sup>, en referencia a los delitos urbanísticos, que esta medida, junto a la multa proporcional al beneficio, si se adoptan las medidas necesarias para su implementación, podrá representar un eficazísimo instrumento de lucha contra esta modalidad criminal.

A modo de introducción abordaremos de una manera breve el concepto de comiso en nuestro Código penal. Para nuestra opinión, la reforma operada por la LO 5/2010, en lo referente al decomiso prevenido en el art. 319.3, es redundante e innecesaria, dado que esta institución jurídica ya estaba establecida en el art. 127 y 128 del C.P.

El comiso, también llamado confiscación o decomiso tiene como fin la privación definitiva de un bien o derecho originado por un hecho antijurídico, que pasaría a formar parte de la titularidad del Estado. En este mismo sentido se pronuncia CRIADO SANCHEZ<sup>840</sup>, cuando señala con

---

<sup>839</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *“Derecho Penal Español. Parte Especial”*, Editorial Atelier, 6ª edición, Barcelona, 2010, pág. 1094.

<sup>840</sup> CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro Javier, *“El delito contra la ordenación del territorio tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal”*, Práctica Urbanística, número 100, Enero 2011, Editorial LA LEY, pág. 81.



respecto a los efectos del decomiso, por aplicación analógica del art. 374 del CP será su incorporación al patrimonio del Estado, sin que pueda ser aplicable a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales. Además, al establecerse que “*cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*” se entiende que si los beneficios económicos se han transformado en bienes inmuebles, éstos se incorporarán al patrimonio del Estado directamente o previa su enajenación.

Sostiene GÓRRIZ ROYO<sup>841</sup>, que desde la perspectiva político-criminal, la previsión del comiso podría obedecer al *propósito de cubrir un concreto ámbito en el que es inaplicable la medida de demolición*. Así, el comiso en materia de delitos del art. 319 CP se dirigiría a aquellos supuestos en que no sea posible aplicar la demolición porque, una vez condenado el delito, de él derive una obra que finalmente es legalizada. Con un razonamiento parecido se pronuncia DE LA CUESTA AGUADO<sup>842</sup>, al señalar que en caso de que el juez penal no ordene la demolición deberá ordenar el comiso, que abarcará los efectos y ganancias del delito, incluso la propia construcción o edificación.

Tras la reforma operada por la L.O. 5/2010, se han ampliado las modalidades del comiso<sup>843</sup>, con la aparición de un segundo párrafo en el

---

<sup>841</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Demolición, reposición, responsabilidad civil, y comiso en los delitos sobre la ordenación del territorio: el apartado 3º, art. 319 CP (conforme a la LO 5/2010, de 22 de junio)*”, op.cit, pág. 187.

<sup>842</sup> Vid. DE LA CUESTA AGUADO, Paz, “*Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit. 982.

<sup>843</sup> Vid. CONGIL DÍEZ, Almudena, “*El comiso como consecuencia accesoria de la infracción penal*”, El Derecho, Tribuna, 29-09-2011, para esta autora, esta modificación que tal como mantiene nuestra doctrina está en la línea político criminal de “*perseguir el dinero*” allá donde se encuentre como medio idóneo para luchar contra la criminalidad organizada, tiene sus precedentes tanto en el ámbito de Naciones Unidas, como del Consejo de Europa y la Unión Europea, siendo relevantes en este sentido.

apartado primero del art. 127 del C.P, que establece que *“El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas”<sup>844</sup>*”.

De igual modo en los casos en que la Ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias proveniente del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar conforme dispone el apartado 2º del citado precepto. Este comiso no se regula con carácter imperativo, sino que será potestativo, y además nunca alcanzará a las faltas.

---

<sup>844</sup> La Convención de Viena de 1988, El Convenio de Estrasburgo de 1990, la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre, y la Convención de Palermo de 2000, sin olvidar la ya mencionada Decisión Marco 2005/212/JAI, de 24 febrero, y la Decisión Marco 2002/475/JAI de 13 de junio, en materia de terrorismo. Como puede apreciarse de la lectura de dicho 2º párrafo, en el marco de esta política común supranacional de lucha contra el crimen organizado y el terrorismo, el comiso es de obligada imposición, al emplearse el término imperativo *“deberá ampliar”*, y se extiende a todos aquellos bienes, instrumentos, efectos y ganancias del penado cuya posesión no sea proporcional a los ingresos legales con los que el mismo cuente, hasta el punto de que el legislador, para facilitar su imposición, ha establecido una suerte de presunción *iuris tantum* o susceptible de ser destruida por prueba en contrario, que parte del origen delictivo de aquellos bienes cuyo valor sea desproporcionado en relación con los ingresos obtenidos legalmente por quienes cometan el delito en el marco de la organización o grupo criminal o terrorista o de quienes sin formar parte de organización o grupo terrorista alguno cometan un delito de terrorismo.

En el apartado 3º del art. 127 se establece que si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables de los hechos delictivos. Asimismo en el apartado 4º del mismo precepto se dispone la posibilidad de acordar el comiso aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad penal o por haberse extinguido esta, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita, como puede suceder en los casos de la muerte del acusado antes de ser enjuiciado o si el delito ha prescrito, es decir en estos supuestos se podría acudir al comiso. Sobre ese particular se manifiesta POZUELO PÉREZ<sup>845</sup>, que señala que la opción por el comiso tiene adicionales ventajas político-criminales, pues no rige el plazo de prescripción del delito ni de la pena, tal como establece el art. 127.4 del CP (El juez o tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se impongan pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita ). Por ello, aun en el supuesto de que cupiese eludir la sanción por vía de la prescripción, con la regulación vigente cabe ordenar el comiso de los efectos y ganancias del delito.

Y en el apartado último y 5º del mismo precepto se alude que al destino que se dará a los bienes o derechos que sean decomisados, pues los mismos se venderán si son de lícito comercio, aplicandose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado, salvo que la propia Ley no

---

<sup>845</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, y DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Demolición o Comiso”, Diario La Ley, núm. 6948, Sección Doctrina, 19 mayo, 2008, año XXIX, Ref. D-155, Editorial LA LEY.

prevea otra cosa, como suelo ocurrir en los delitos de blanqueo de capitales, pero en caso contrario, si no son de lícito comercio, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizaran.

### 1. El comiso en el art. 319.3 del Código Penal

En nuestra opinión la inclusión de la institución del comiso en el art. 319.3 del CP, por la L.O. 5/2010<sup>846</sup>, huelga por innecesaria, dado que el comiso ya se encuentra regulado de forma genérica en los artículos 127 y 128 de nuestro texto punitivo. En este mismo sentido se manifiesta VIELBA ESCOBAR<sup>847</sup>, al entender que la referencia al comiso en el art. 319.3 del CP, carece de fundamento y es innecesaria, dado que se limita a reproducir el régimen general en materia de comiso expuesto en el art. 127 CP. Parece ser que se trata de un recordatorio para jueces y fiscales, pues no ha de olvidarse que tradicionalmente el delito que nos ocupa no conlleva repercusiones económicas, cuando la práctica forense nos enseña los notables beneficios que en un tiempo no muy lejano deparaba la actividad constructiva. En parecidos términos señala MUÑOZ CONDE<sup>848</sup>, que tras la reforma de 2010, el art. 319.3 establece que los jueces o tribunales deben disponer (obligatoriamente) el comiso de las ganancias del delito, previsión

---

<sup>846</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “*Derecho penal español. Parte especial*”, op. cit., pág. 1094. Felizmente, el legislador ha recordado, en 2010, que entre su arsenal punitivo está el comiso de los productos del delito, pena idónea para los delitos de esta índole, transcurso o consecuencias económicas, en definitiva, delitos con beneficios económicos para el autor o autores.

<sup>847</sup> VIELBA ESCOBAR, Carlos, “*Estudio del artículo 319 del Código Penal tras la reforma, operada por la LO 5/2010*”, Editorial Tiran Lo Blanch, Revista Jurídica de Canarias 26/2012.

<sup>848</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, “*Derecho penal. Parte especial*”, op. cit., pág. 575.

ésta innecesaria porque ya se encuentra regulada de un modo general en el art. 127. Sin embargo para POZUELO PÉREZ<sup>849</sup>, en referencia a las ganancias provenientes del delito, la L.O. 5/2010 no la ha planteado como disyuntiva, sino de forma cumulativa, ya no se trata de *demolición o comiso*, sino de *demolición y comiso*. Sin embargo sostiene ACALE SÁNCHEZ<sup>850</sup>, en referencia a la inclusión del comiso por la L.O. 5/2010, que hubiese tenido sentido incorporar el decomiso del objeto material del delito, que como es sabido, no se encuentra incluido en el art. 127 y, por tanto con carácter general, no es decomisible. En efecto, cuando el legislador quiere que se decomisen los objetos materiales de los delitos, lo señala expresamente en la parte especial.

De la interpretación del precepto del 319.3 del CP, se puede deducir que el comiso será de los propios beneficios obtenido del ilícito penal, debiendo de confiscar el dinero proveniente de la venta de la edificación ilegal, así como los bienes muebles o inmuebles que se hayan comprado con el dinero de las ventas<sup>851</sup>. Remitiéndonos al art. 127.1 del CP, también se deberá decomisar todos los bienes, medios o instrumentos que hayan servido para preparar y ejecutar las actuaciones delictivas, como pueden ser las maquinarias, incluyendo hormigoneras, vehículos de transportes, así como los materiales de construcción (cemento, ladrillo, azulejos, yesos, etc.).

---

<sup>849</sup> POZUELO PÉREZ, Laura, “*Derecho Penal de la construcción. La delincuencia urbanística*”, op. cit., pág. 72.

<sup>850</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit., pág. 292.

<sup>851</sup> POZUELO PÉREZ, Laura, “*Derecho penal de la construcción. La delincuencia urbanística*”, op. cit., pág. 77.

La institución del comiso se habrá de realizar con independencia de terceros de buena fe pues la existencia de estos, no obsta la confiscación del beneficio de la conducta ilícita.

Para GÓRRIZ ROYO<sup>852</sup>, la aplicación del comiso debería de tratar de orientarse a los casos advertidos en sede judicial y por la doctrina penal; esto es, supuestos de obras derivadas de la comisión de algunos de los delitos del art. 319 (apdos 1º o 2º CP), y que tras la correspondiente sentencia de condena, resultan legalizadas “*ex post*” por algún cambio en el planeamiento llevado a cabo por la Administración. En nuestra opinión para que surta efecto el comiso debe ser solicitado por las partes acusadoras, sin que la petición genérica de la imposición de penas accesorias abarque el mismo<sup>853</sup>.

## **2. El comiso ante la imposibilidad de demoler**

Como hemos comentado en algún lugar de este trabajo, la regla general del art. 319.3 del CP es la demolición de lo ilegalmente edificado, pero puede ocurrir que en el preciso momento de dictarse la resolución judicial, la propia demolición resulte más gravosa para el interés general que su propio mantenimiento, y en su consecuencia no pudiendo redundar el beneficio al autor del delito, de ahí que se acuda a la confiscación.

---

<sup>852</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Demolición, reposición, responsabilidad civil y comiso en los delitos sobre la ordenación del territorio: El apartado 3º del art. 319.3 CP (conforme a la LO 5/2010, de 22 de junio)*”, op. cit. pág. 190.

<sup>853</sup> STS 1349/2012 de 19 de julio.

Los supuestos más usuales de la imposibilidad de decretar por los Jueces y Tribunales la orden de demolición, los podemos encontrar en los casos donde las necesidades urbanísticas de la zona varían con modificaciones del planeamiento urbanístico, que una vez dictada la resolución judicial, la normativa urbanística por este cambio de planeamiento, ampara construcciones que antes eran ilegales, siendo en estos supuestos absurda la demolición, pues se derribaría la construcción para posteriormente construir legalmente.

Para POZUELO PÉREZ/DOPICO GÓMEZ-ALLER<sup>854</sup>, es importante señalar que en estos supuestos nos referimos en todo momento a cambios en los planeamientos urbanísticos que se realicen sin incurrir en desviación de poder, es decir, cambios que no tengan precisamente por objeto dotar fraudulentamente de cobertura a una obra delictiva. En estos casos de cambios urbanísticos ilícitos por desviación de poder, puede existir responsabilidad penal por prevaricación - o en su caso, cohecho-, y la correspondiente nulidad de pleno derecho del cambio urbanístico por ser de origen delictivo.

Si la demolición fuera imposible, los Jueces y Tribunales deberán obligatoriamente confiscar los efectos del delito<sup>855</sup>, así como las

---

<sup>854</sup> POZUELO PÉREZ, Laura/DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “*Demolición o Comiso*”, Diario La Ley, núm. 6948, Sección Doctrina, 19 mayo, 2008, año XXIX, Ref. D-155, Editorial LA LEY.

<sup>855</sup>Vid. POZUELO PÉREZ, Laura/ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “*Demolición o Comiso*”, idem, para estos autores en los delitos contra la ordenación del territorio un sujeto sustrae de forma ilícita un aprovechamiento del suelo al construir en un suelo no urbanizable de especial protección. Si a continuación vende la construcción y obtiene con ello una ganancia es necesario dar la misma respuesta que ante el ladrón que vende su botín.

ganancias<sup>856</sup> que provengan de éste, dado que resultaría injusto que los beneficios de la actuación ilícita se queden en los bolsillos del infractor.

### 3. El comiso y la ganancia

Los artículos 127 y 128 del CP permiten un comiso total o parcial, bien de los efectos del delito o de las propias ganancias que se hayan obtenido de otros bienes propiedad del autor. Para calcular la ganancia obtenida o la utilidad que produce el delito, la fórmula será, el valor de la construcción menos el valor del suelo, dado que el valor del suelo no puede ser confiscado<sup>857</sup> al no ser efecto ni ganancia de la acción delictiva, sino que es un activo que el infractor tenía en su posición antes de la realización de la conducta delictiva. Si la venta de la edificación ilegal fue realizada antes de un cambio de planeamiento, el valor del suelo se calculará en consideración a los parámetros del mercado en ese momento<sup>858</sup>. Otro de los problemas que surge del comiso es si la ganancia debe ser neta o bruta<sup>859</sup>

---

<sup>856</sup> MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “*Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra la ordenación del territorio*”, op. cit. pág. 308.

<sup>857</sup>Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit., pág. 293. Señala esta autora, el efecto indirecto que genera la inclusión expresa del decomiso en el art. 319.3 y no en el resto del Título, en la medida en que parece venir a poner de manifiesto que no cabrá decretarlo nada más que en materia urbanística: así, por ejemplo, no se podrá decretar el decomiso del suelo sobre el que se llevó a cabo el derribo del edificio singularmente protegido, con lo que se puede estar limitando las posibilidades que el régimen general del art. 127 ofrece al juzgador.

<sup>858</sup>Vid. POZUELO PÉREZ, Laura/ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “*Demolición o Comiso*”, Diario La Ley, núm. 6948, Sección Doctrina, 19 mayo, 2008, año XXIX, Ref. D-155, Editorial LA LEY.

<sup>859</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “*La respuesta penal a la delincuencia urbanística*”, en Urbanismo y corrupción, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM 12 (2008), Boletín Oficial del Estado y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1ª edición, Madrid, 2008, pág. 97. Para esa autora, a la hora de determinar el alcance de la ganancia obtenida con el delito hay que diferenciar el concepto de *bruto* y el concepto *neto* de ganancia. El primero será el que abarque toda la utilidad derivada



En este sentido la doctrina está dividida, pero hay quien sostiene el concepto de ganancia neta, después de descontar los gastos para obtener la utilidad resultante del delito<sup>860</sup>. Nuestro texto punitivo no expresa ninguna de las dos posibilidades, aunque la jurisprudencia y la doctrina suele aplicar en sus pronunciamientos judiciales un sentido bruto<sup>861</sup>. En nuestra opinión, si se acude al criterio bruto, la cuantía del comiso será la utilidad total obtenida una vez descontado el valor del suelo; pero contrariamente, si la opción es el criterio neto, habrá que descontar todos los gastos en que haya incurrido el infractor, como pueden ser las nóminas de los operarios, cotización a la Seguridad Social, materiales de construcción, gastos de proyectos técnicos y los honorarios profesionales de los técnicos directores.

En nuestra opinión, y siguiendo la línea de alguno pronunciamientos judiciales en los efectos y ganancias del comiso de optarse por un criterio bruto, la cuantía del comiso, debe alcanzar toda la utilidad obtenida por la comisión del delito, siempre con descuento del valor del suelo; pero de optarse por un criterio neto, deberán descontarse los costes legales en los que haya tenido que incurrir el autor del delito de construcción ilegal, pudiendo ser objeto de determinación concreta en ejecución de sentencia<sup>862</sup>. Sin embargo sostiene ACALE SÁNCHEZ<sup>863</sup>, que el art. 319.3 se refiere exclusivamente al comiso de las ganancias, que por definición ya están

---

del delito; en el segundo habrá que descontar los gastos en los que hubiera incurrido el autor para obtener la utilidad.

<sup>860</sup> Vid. AGUADO CORREA, Teresa, “*El comiso*”, Editorial de Derecho Reunida, S.A. 2000, pág. 101-102.

<sup>861</sup> Vid. CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, “*El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*”, Editorial, colección estudios penales, pág. 54.

<sup>862</sup> SAP Cádiz (Sección 4ª) sentencia 249/2011 de 5 de septiembre.

<sup>863</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit., pág. 293.

incluidas dentro del régimen general dispuesto en el art. 127. Ganancias que, por otra parte, y en sentido estricto, sólo serían apreciables en el caso en el que se haya transmitido a terceros la obra construida, en la medida en que si se trata de una vivienda ilegal para uso de quien la construye, difícilmente puede hablarse de un “*beneficio*”, pues la vivienda como tal no podría ser tasada según un valor de mercado que no existe. Estamos de acuerdo con POZUELO PÉREZ y DOPICO GÓMEZ-ALLER<sup>864</sup>, al señalar que la ejecución del comiso de ganancias netas es sencillo si los inmuebles se han vendido, pues se debe acudir al dinero recibido como precio; pero no lo es tanto en los casos en que los inmuebles objeto del delito de construcción ilegal no se hayan vendido<sup>865</sup>.

Señala GÓRRIZ ROYO<sup>866</sup>, que el apartado 3º in fine del art. 319 CP restringe el objeto del comiso a las “ganancias” provenientes del delito del apartado 1 o 2 del art. 319 CP. Por tanto ciñéndonos a las ganancias, la

---

<sup>864</sup> POZUELO PÉREZ, Laura/DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “*Demolición o Comiso*”, Diario La Ley, núm. 6948, Sección Doctrina, 19 mayo, 2008, año XXIX, Ref. D-155, Editorial LA LEY.

<sup>865</sup> SAP de Cádiz (Sección 4ª), Sentencia núm. 110/2011 de 4 abril, tiene declarado que el comiso de los beneficios obtenidos por el acusado, que la sentencia recurrida no acuerda, por cuanto que no acreditados los citados beneficios, ya que la acusada no se dedica profesionalmente a la construcción de viviendas y sobre todo, dado que la vivienda será objeto de regularización, esta circunstancia hará que la propietaria sufrague proporcionalmente los gastos de urbanización por lo que imponerle cualquier tipo de indemnización en vía penal supondría una doble imposición indemnizatoria que no sería justificable. Añade que si lo que se entiende por comiso de las ganancias o efectos del delito es el comiso de la propia vivienda, tampoco puede accederse pues el comiso de la vivienda conllevaría su atribución a la Administración y al ser la vivienda irregular no podía ser subastada ni adjudicada a tercero, lo que conllevaría a la demolición de la misma que es precisamente lo que se deniega. Tales razones deben ser respaldadas en esta instancia pues el concepto ganancias o beneficios serían los representados por la diferencia entre el importe de lo gastado y el valor final de la cosa. Este valor final es de imposible determinación, pues la acusada no se dedica a la construcción o a la venta de inmuebles, sino que la construcción la ha llevado a cabo para habitarla y por ello no cabe hablar de beneficios. Por todo ello, no siendo posible en este caso la determinación de las ganancias derivadas de lo construido, su comiso no procede.

<sup>866</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Demolición, reposición, responsabilidad civil y comiso en los delitos sobre la ordenación del territorio: El apartado 3º del art. 319.3 CP (conforme a la LO 5/2010, de 22 de junio)*”, op. cit. pág. 192.

doctrina penal incluye todo provecho obtenido por el delito, cualquiera que sea su naturaleza (dinero, joyas, valores, etc.). En este sentido la AP de Cádiz (Sección 4ª), en su sentencia núm. 249/2011, de 5 de septiembre, tiene declarado en referencia al comiso que *“la reforma mantiene el carácter de forzosa imposición. Sin embargo, se plantea el problema acerca de qué sean las ganancias provenientes del delito, pues el concepto ganancias hacer referencia a la "acción y efecto de ganar", "utilidad que resulta del trato, del comercio o de otra acción" (DRAE), que en definitiva sería la representada por la diferencia entre el importe de lo gastado y el valor final de la cosa”*.

Otro dato a tener en cuenta es qué sucede ante la imposibilidad de confiscar los bienes del infractor que provenga del delito. En estos supuestos debemos acudir al art. 127.2 del CP, que dispone que se acuerde el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

#### **4. Destino de los bienes confiscados**

Señala el artículo 127.4 del CP que los bienes que se decomisan se venderán si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la Ley no previera otra cosa, y si no lo son, se le dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto se inutilizarán. Pero si los bienes son de lícito comercio como puede ser, el caso de que la edificación está legalizada, será vendido, y con el dinero de la venta se cubrirán las posibles responsabilidades civiles del ilícito penal

Sostiene ACALE SÁNCHEZ<sup>867</sup>, que si se decomisan los beneficios económicos o la vivienda, ha de entenderse que en uno u otro caso, se trataría de bienes que no son de “*lícito comercio*”, por lo que no cabría que se vendiera la construcción para satisfacer las responsabilidades civiles; luego o se establece expresamente de forma reglamentaria “*un destino*” o “*se inutilizarán*” esto es, se demolerán, y con ello se plantearía el problema de mayor envergadura: si se decreta la demolición de lo ilegalmente construido, el autor ha de correr con los gastos que genere, ahora bien, si se decreta el decomiso, esto es, la inutilización, no queda claro ya sobre quien recaerán los mismos.

## **X. EXCURSO: LA DEMOLICIÓN DEL HOTEL EL ALGARROBICO**

El popularmente conocido que el Algarrobico es un colosal hotel que se ha construido en la playa del mismo nombre, dentro del término municipal almeriense de Carboneras. Dicha construcción se inicia en el mes de mayo de 2003, con un total de 411 habitaciones. Para la ejecución de este enorme complejo hotelero se provoca el desmonte de una gran extensión de terreno situado en primera línea de playa en una zona que está inmersa en el Parque Natural Cabo de Gata-Níjar, clasificado por el PORN del Parque como suelo no urbanizable.

---

<sup>867</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit., pág. 293.

Las obras de edificación de este enorme hotel se ejecutaron gracias a la permisividad tanto de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía como del propio Ayuntamiento de Carboneras, resultando sorprendente que la playa del Algarrobico presuma de ser una de las últimas casi vírgenes de todo el litoral mediterráneo, y se esté construyendo este gigante de cemento con la finalidad de servir de centro turístico. A lo anterior hay que adicionar que además de todo el daño que está provocando al Parque Natural la realización de las obras que se están llevando a cabo, se debe de tener en cuenta que se está originando el desmonte de un monte entero, acumulándose los escombros en la rambla del río Alias.

El asunto del Algarrobico ha sido uno de los grandes escándalos urbanísticos que han afectado al litoral español en la última década. El procedimiento judicial sobre este colosal edificio de 20 plantas tiene su origen cuando en enero de 2003, el Consistorio de Carboneras en la costa de Almería, concede licencia de obra para la construcción del un complejo hotelero “Azata del Sol”. El Ayuntamiento en el momento de autorizar las obras se fundamentaba en un Plan parcial de urbanización del sector que fue aprobado en mayo de 1988, que erróneamente debió antes de su concesión revisar el plan, y adaptarlo a la Ley de Costas que fue aprobada en el mes de julio, y que establecía en cien metros el deslinde urbanístico en esa zona protegida, en lugar de cincuenta metros como así se ejecutó el hotel resultando la edificación ilegal e ilegalizable.

Este asunto se vio subsumido en una veintena de procesos judiciales. El primer proceso fue sustanciado en el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Almería, que en su sentencia de 5 de septiembre de 2008, consideró que la licencia municipal del Ayuntamiento de

Carbonera otorgando autorización para la ejecución de las obras del complejo hotelero “Azata del Sol” era ilegal de pleno derecho, toda vez que se había autorizado sobre una zona protegida no urbanizable, que además invadía la servidumbre de protección de la Ley de Costa en vigor. A partir de la resolución judicial de este Juzgado de lo Contencioso-Administrativo se da comienzo a un periplo de procedimiento judiciales regionales y nacionales, que desembocan en sentencias, recursos, sentencias en segunda instancia, Audiencia Nacional y el propio Alto Tribunal.

Ha sido finalmente la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de marzo de 2013<sup>868</sup>, la que ha desestimado el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Carbonera, contra la sentencia de la Audiencia Nacional que declaró conforme a derecho la orden ministerial de 2005 que amplió a 100 metros la zona de servidumbre donde se ubica el hotel “El Algarrobico”.

La Audiencia Nacional al hacer una interpretación jurídica de la Ley de Costa define la zona de servidumbre marítimo-terrestre como los cien metros primeros del litoral. En la Ley de Costa en su Disposición Transitoria Tercera alude a que los Planes parciales urbanísticos que se hubiesen aprobado después del uno de enero de 1998, y antes de la entrada en vigor de la misma ley, debían adaptarse a sus disposiciones, así como los Planes parciales que no se hubiesen ejecutado en el plazo previsto.

---

<sup>868</sup> STS de 21 de marzo de 2012, Sala Tercera (Sección Quinta), Recurso de Casación núm. 2200/2008. Ponente Peces Morate.

En la sentencia del TS aun cuando se admite que hubo desatención<sup>869</sup> por parte de la Administración estatal de Costas al no haber promovido la revisión del Plan parcial de la zona donde se ejecutaron las obras del hotel “*El Algarrobico*”, así como también la Administración estatal informó en un sentido favorable la aprobación de la revisión de las Normas Subsidiarias del Planeamiento Urbanísticos del municipio de Carboneras aun después de la entrada en vigor de la Ley de Costas<sup>870</sup>. En este sentido señala el Alto Tribunal en su sentencia que la desatención o descuido de la Administración estatal de costas no es razón para incumplir lo establecido en la propia Ley de Costas en lo relativo a la anchura de la servidumbre de protección, que debió de ser de 100 metros medido tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar<sup>871</sup>.

También el Alto Tribunal en esta *litis* considera que la seguridad jurídica<sup>872</sup> no se conculca por señalar la zona de servidumbre de protección respetando los cien metros, sino por dejar de fijar esa anchura en la revisión del planeamiento urbanístico cuando no hay justificación para ello. Además, en lo referente a que la Administración de costas informó favorablemente la revisión de las Normas Subsidiarias, no es óbice para

---

<sup>869</sup> RODRIGUEZ CARBAJO, José Ramón, “*El deslinde de las costas (y II)*”, Actualidad Administrativa, núm. 11, Sección Fundamentos de Casación, Quincena del 1 al 15 de junio, Editorial La Ley, 2012, Tomo 2, pág. 1416.

<sup>870</sup> RODRIGUEZ CARBAJO, José Ramón, “*idem*”, pág. 1416. El hecho de que la Administración estatal de Costa informase favorablemente la Revisión de las Normas Subsidiarias, tal como quedó definitivamente aprobada, no resta un ápice al deber legalmente impuesto de adaptar las disposiciones del planeamiento urbanístico a lo previsto en la Ley de Costas, sino que tal circunstancia solo releva un proceder irrespetuoso con lo dispuesto en la Ley de Costas por la Administración estatal al informar la Revisión del mentado instrumento de ordenación urbanística.

<sup>871</sup> Artículo 23.1 de la Ley 22/1988, 28 julio, de Costas: La servidumbre de protección recaerá sobre una zona de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar.

<sup>872</sup> Vid. RODRIGUEZ CARBAJO, José Ramón, “*El deslinde de las costas (y II)*”, op. cit., pág. 1416.

adaptar el planeamiento del municipio a lo dispuesto en la Ley de Costas. Para la Sala lo relevante es la situación que tenían los terrenos en el momento de la entrada en vigor de la Ley de Costas.

En nuestra opinión entendemos que todas las Administraciones implicadas<sup>873</sup> en este desaguizado urbanístico han procedido a actuar de muy mala fe, conculcando el principio de confianza legítima que debe presidir las Administraciones Públicas, dado que las mismas deben de estar sometidas al imperio de la Ley y al Derecho<sup>874</sup>. Lo que debían haber realizados estas Administraciones, era adaptar las determinaciones del planeamiento urbanístico a lo dispuesto tanto en la Ley de Costas de su Reglamento de desarrollo. De la interpretación de las Disposiciones transitoria tercera 2 b) de la Ley de Costas y octava 1 b) del Reglamento, lo relevante es la situación urbanística que tenían los terrenos en la fecha de entrada en vigor de la Ley de Costas sin que puedan tomarse en cuenta los instrumentos de ordenación aprobados posteriormente, así como obras de urbanización o edificaciones ejecutadas después de la entrada en vigor de esta ley<sup>875</sup>. En este sentido se encauza la opinión NEVADO-BATALLA

---

<sup>873</sup> Vid. NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro Tomás, “Obligación de proceder a la revisión de oficio del acuerdo por el que se otorgó licencia de obras para la construcción de un hotel en la playa de el Algarrobico”, *Práctica Urbanística*, núm. 78, Sección El urbanismo en el estrado, Editorial La Ley, Madrid, Enero de 2009, pág. 48. No acaba aquí el reproche a la actuación de las autoridades competentes, y el Juzgado es también muy crítico con el modo de proceder de la Administración autonómica, en la línea que anteriormente se empezaba a apuntar debido a lo que considera un abandono de sus funciones en defensa del medio ambiente. Dejación de funciones por la falta de ejercicio de las potestades y facultades que el ordenamiento atribuye a la Administración autonómica como por ejemplo la de suspender la ejecución de las obras en un suelo incompatible con el uso urbanístico al estar incluido en una de las zonas de protección de las previstas en el Plan de Ordenación del Parque Natural.

<sup>874</sup> Vid. Artículo 103.1 de la Constitución española y artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

<sup>875</sup> RODRIGUEZ CARBAJO, José Ramón, “El deslinde de las costas (y II)”, *Actualidad Administrativa*, núm. 11, Sección Fundamentos de Casación, Quincena del 1 al 15 de junio, Editorial La Ley, Madrid, 2012, Tomo 2, pág. 1416.



MORENO<sup>876</sup>, al señalar que si el Ayuntamiento demandado no cumplió con el mandato de adaptar el Plan Parcial a las entonces nuevas exigencias de la Ley de Costas, tampoco lo hizo la Administración autonómica, mostrando en el tiempo una actitud pasiva y condescendiente con las infracciones cometidas contra la normativa sectorial de costas, permitiendo, en definitiva, que se iniciase y desarrollase la construcción del cuestionado hotel. Más, no sólo consintió la vulneración de la Ley de Costas, sino que tampoco ejerció sus potestades en defensa de protección del medio ambiente.

Señala RODRIGUEZ CARBAJO<sup>877</sup>, que la sentencia del TS de 21 de marzo de 2012, lo que viene a declarar en síntesis es que, aun cuanto existía un Plan Parcial permitiendo la construcción del hotel, el mismo fue aprobado en los meses anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988, por lo que no impide la aplicación de la servidumbre de protección de 100 metros instaurada por ella, dado que no existían aprovechamientos urbanísticos a la entrada en vigor de la Ley de Costas que tuviesen que ser indemnizados. También para este autor, se decreta la legalidad del deslinde practicado por la Administración con arreglo a la cual, una parte del hotel (aproximadamente la mitad), queda dentro de la zona de servidumbre de protección de 100 metros contados desde el límite interior de la ribera del mar, es decir, desde el límite donde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos.

---

<sup>876</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro Tomás, “*Obligación de proceder a la revisión de oficio del acuerdo por el que se otorgó licencia de obras para la construcción de un hotel en la playa de el Algarrobico*”, op. cit., pág. 48.

<sup>877</sup> RODRIGUEZ CARBAJO, José Ramón, “*El deslinde de las costas (y II)*”, op. cit., pág. 1416.

En nuestra opinión, a pesar de que la demolición del colosal hotel costará al Estado y la Junta de Andalucía siete millones trescientos mil euros, consideramos que el Gobierno español tiene la obligación una vez sean firmes todos los procedimientos judiciales, de recuperar el patrimonio Natural. Para ello el Ayuntamiento de Carboneras debe de incoar expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística que conduzca a su demolición<sup>878</sup>.

Sobre la demolición del hotel existen discrepancias, pues el sector ecologista Greenpeace reivindica la demolición del complejo hotelero, para ello están presionando al Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, así como a la Junta de Andalucía, para la exigencia de un compromiso firme y por escrito para que la demolición del edificio sea inmediata. En el sentido contrario se encuentran los que defienden el complejo como fuente de riqueza y empleo, pues con la permanencia del hotel, se crearían puestos de trabajos directos e indirectos a través de empresas que tendrían actividad alrededor de este foco turístico. Los argumentos de los detractores de la demolición consideran que la apertura del hotel supondría la creación de puestos de trabajo estables y a largo plazo, mientras que si se derribara la edificación y se regenerara la zona, supondría la creación de trabajo temporal y a corto plazo. Además la apertura del complejo hotelero atraería el turismo en la zona por la cercanía

---

<sup>878</sup> Vid. NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro Tomás, “Obligación de proceder a la revisión de oficio del acuerdo por el que se otorgó licencia de obras para la construcción de un hotel en la playa de el Algarrobico”, *Práctica Urbanística*, núm. 78, Sección El urbanismo en el estrado, Editorial La Ley, Madrid, Enero de 2009, pág. 48. Las asociaciones de defensa ambiental solicitan en su demanda la condena del Ayuntamiento responsable de la concesión de la licencia para la construcción de un hotel, la declaración de nulidad de pleno derecho de ésta, así como el inicio de un expediente para el restablecimiento de la legalidad urbanística por ser las obras de construcción ilegales e ilegalizables (por infracción de la correspondiente normativa en materia de costas habida cuenta de no respetar la zona de servidumbre y, en materia de medio ambiente), conduciendo a su demolición y paralizándose y archivándose los expedientes para la ejecución de los correspondientes sectores.

a las mejores playas y zonas del Parque Natural de Cabo de Gata. Otras de las razones que arguye el sector contrario a demoler, es que la actividad turística es la única industria no contaminante (en referencia a la central térmica y a la fábrica de cemento que hay en la zona).

Para nuestro Alto Tribunal, no obstante con la estimación del recurso, también ha propuesto deducir testimonio de las actuaciones prácticas para su remisión al Ministerio Fiscal, para su enjuiciamiento en la jurisdicción penal, por si la actuación de la Corporación Local demandada y la Junta de Andalucía con su actuar, ha conculcado la normativa urbanística que sea merecedora de una calificación jurídica que tenga los caracteres de los delitos de prevaricación urbanística y sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. En este sentido manifiesta NEVADO-BATALLA MORENO<sup>879</sup>, que no pasa desapercibida la deducción de testimonio que el Juez realiza al Ministerio Fiscal teniendo como principal efecto que, iniciadas las actuaciones penales para conocer las posibles irregularidades que pueden vincularse al caso, serán los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal los responsables de la depuración de las presuntas responsabilidades. Intervención de la jurisdicción penal que manifiesta, nuevamente, el fracaso del Derecho administrativo como Derecho preventivo, de reacción *ex ante*, y garantizador del interés general mediante el empleo de sus propios medios de autotutela

---

<sup>879</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro Tomás, “Obligación de proceder a la revisión de oficio del acuerdo por el que se otorgó licencia de obras para la construcción de un hotel en la playa de el Algarrobico”, *Práctica Urbanística*, núm. 78, Sección El urbanismo en el estrado, Editorial La Ley, Madrid, Enero de 2009, pág. 48.

## CAPITULO VI

### LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO

#### I. CUESTIONES PREVIAS

Como se ha comentado a lo largo de este estudio, el 23 de diciembre de 2010, entró en vigor la LO 5/2010, de 22 de junio, que modificó nuestro Código Penal de 1995<sup>880</sup>. Entre otros, con esta reforma se introduce por primera vez en el sistema penal de nuestro país la responsabilidad penal de las personas jurídicas en detrimento del principio *societas delinquere non potest* que hacía imposible la imputación de los delitos a las sociedades mercantiles investidas con personalidad jurídica<sup>881</sup>. La responsabilidad de este tipo de sociedades no ha sido antes desconocida en nuestro Derecho, dado que desde hace tiempo estaba reconocida en el Derecho Administrativo, pues ya se reconocía en el art. 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>882</sup>, así como también se establece

---

<sup>880</sup> Vid. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Responsabilidad penal de empresa y códigos de buena conducta corporativa”, Diario La Ley, núm. 7670, año 2011, pág.7.

<sup>881</sup>Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCIA ARÁN, Mercedes, “Derecho Penal. Parte General”, Editorial Tirant lo Blanch, 8ª edición, Valencia, 2010, pág. 627. El derecho penal español se había basado tradicionalmente en el principio de corte romano germánico según el cual las personas jurídicas no pueden delinquir (*societas delinquere non potest*).

<sup>882</sup> Art. 130.1 .Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.

en el Derecho Tributario donde se contiene un elenco de sanciones aplicables a la personas jurídicas<sup>883</sup>. El Tribunal Constitucional<sup>884</sup> ha tenido en muchas ocasiones la oportunidad de examinar la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo Sancionador, considerándola compatible con el principio de culpabilidad y las exigencias de responsabilidad por la propia conducta y personalidad de la sanción. Este Tribunal admitía que las consideraciones formuladas en la Jurisdicción Administrativa podían ser trasladadas al Derecho Penal, aunque con las lógicas cautela, toda vez que a pesar de que en el Derecho Administrativo Sancionador rijan los mismos principios y garantías que en el Derecho Penal, no lo hacen con el mismo nivel de intensidad<sup>885</sup>. DOPICO GÓMEZ-ALLER<sup>886</sup>, sostiene que una de las diferencias prácticas más importantes entre el régimen de responsabilidad administrativa y el de responsabilidad penal de las personas jurídicas, reside en las diferentes estructuras dogmáticas que se manejan en uno y otro ámbito.

A partir de ahora, si una persona jurídica es imputada por un delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, a tenor de lo dispuesto en el nuevo apartado cuarto del art. 319 del CP podrá tener responsabilidad criminal por estos tipos de conductas ilícitas que se cometan en su nombre por los representantes o administradores<sup>887</sup>, como sería el supuesto de que

---

<sup>883</sup> Vid. GUTIERREZ CASTAÑEDA, Ana, *“Política criminal en el proceso de vertebración de España”* Cátedra Cantabria 2010, Ediciones de la Universidad de Cantabria, pág. 51.

<sup>884</sup> STC 246/1991.

<sup>885</sup> STC 56/1998.

<sup>886</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *“Penal 2011”*, Memento práctico Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pág. 319.

<sup>887</sup> Vid. DIAZ GÓMEZ, Andrés, *“El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2011, núm. 13-08, p.08:1-08:28, pág. 3.

el delito del art. 319 lo cometiera una entidad jurídica, bien sea constructora, o promotora. La conducta típica de estos delitos sería el apartado primero y segundo de art. 319 del CP. Esta responsabilidad aunque prescinde de la pena de prisión, llevarán consigo las consecuencias accesorias establecidas en el art. 129 del CP<sup>888</sup>, como puede ser; la disolución, la suspensión de actividades y la clausuras de sus locales y establecimientos; prohibición de realizar en el futuro las actividades de cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; multas por cuotas o proporcional; inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas; para contratar con el Servicio Público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de seguridad social; e intervención judicial<sup>889</sup>.

Para la doctrina a partir de la LO 5/2010, que introdujo el art. 31 bis<sup>890</sup> del CP regulando la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y las penas aplicables a las misma, se crea un nuevo Derecho Penal construido para estos entes jurídicos sin que se puedan utilizar los conceptos propios de la teoría del delito con el mismo contenido con que se utilizan para las personas físicas, precisamente porque si ha sido necesaria

---

<sup>888</sup> Vid. DE LA MATA BARRANCO, Norberto, J. *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pág. 65. En relación a la posibilidad de imponer estas *“consecuencias accesorias”* se prescinden de que quien cometa el delito lo haga representando a la entidad y se prescinden, incluso, de que se actúe en provecho de ésta; basta para la imposición de la consecuencia que se actúe en el seno de la entidad, tratando de modo desigual-sin que se acierte a comprender el porqué- las entidades con personalidad jurídica y las que no la tienen.

<sup>889</sup> STC nº 246/1991 (Sala 1ª), de 19 de Diciembre. Con anterioridad a la reforma operada por LO. 5/2010, este Tribunal ya responsabilizaba a las personas jurídicas en el Derecho Administrativo Sancionador, declarándola compatible con el principio de culpabilidad.

<sup>890</sup> STS 607/2010, de 30 de junio.

esta regulación, es porque se parte de que no les son plenamente aplicables<sup>891</sup>.

En la Unión Europea<sup>892</sup> la mayoría de los países miembros integran en sus ordenamientos jurídicos la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con el entendimiento de que si es admisible la imposición a estas sociedades mercantiles de multas o interdicciones en vía administrativa, por qué no va ser posible la sanción impuesta por un juez o tribunal<sup>893</sup> a través de un procedimiento justo y contradictorio que lleve implícito todas las garantías constitucionales<sup>894</sup>.

Por ello, a partir de la reforma del CP por la LO 5/2010<sup>895</sup>, en nuestro país se ha incluido en el texto punitivo la responsabilidad penal, con el objeto de dar cumplimiento a las normas europeas<sup>896</sup>, y en su consecuencia

---

<sup>891</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCIA ARÁN, Mercedes, “*Derecho Penal. Parte General*”, op. cit., pág. 628.

<sup>892</sup> MELENDO PARDOS, Mariano/ NUÑEZ FERNÁNDEZ, José, “*Personas jurídicas y responsabilidad penal*”, Curso de Derecho Penal Parte General, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, pág.1072. Para estos dos autores la situación tradicional prácticamente podía vincularse con dos de los sistemas jurídicos básicos del mundo: el civil law o continental que optaba por la impunidad de las personas jurídicas y el sistema common law o angloamericano que aceptaban la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

<sup>893</sup> Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “*Penal 2011*”, op. cit., pág. 319.

<sup>894</sup> Vid. GUTIERREZ CASTAÑEDA, Ana, “*Política criminal en el proceso de vertebración de España*” Cátedra Cantabria 2010, op. cit., pág. 51. No podían seguir ignorándose las exigencias que, cada vez con mayor intensidad, llegaban procedentes de la Unión Europea y, más concretamente, de un conjunto de decisiones marco relativas a diversos sectores de criminalidad, en las que se imponía a los Estados Miembros la obligación de someter a las personas jurídicas a responsabilidad.

<sup>895</sup> Vid. LOZANO CUTANDA, Blanca, “*Delitos contra la ordenación del territorio y prevaricación urbanística*”, Diario La Ley, núm. 7534, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2010, Año XXXI, Editorial La Ley, pág. 3. Con la nueva reforma del nuevo CP, con el art. 31 bis se trata de reforzar la punición de determinados delitos que pueden cometerse en el seno de organizaciones societarias, entre los que se incluyen los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, añadiendo a la responsabilidad de sus administradores legales o representantes la de la persona jurídica, y previendo la posibilidad de que ésta reduzca su responsabilidad si colabora con la justicia.

<sup>896</sup> Decisiones Marco 2001/413/JAI, 2002/629/JAI, 2003/80/JAI, 2004/757/JAI, 2005/222/JAI, 2005/667/JAI, 2004/68/JAI, Directivas 2008/99/CE y 2009/123/CE.

la eliminación del principio *societas delinquere non potest* en detrimento del nuevo principio *societas delinquere et puniri potest*<sup>897</sup>.

Para CRIADO SÁNCHEZ<sup>898</sup> la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal tiene como objetivo su revisión integral pues afecta nada menos que a 150 artículos<sup>899</sup>, expresando su Exposición de Motivos que es principalmente la armonización con la Unión Europea derivada de varias Decisiones Marco y Directivas, así como además la adaptación de los delitos y sus penas a la realidad social y jurisprudencial.

Otra de las finalidades de esta nueva reforma es evitar la creación de sociedades que adopten entre sus objetivos sociales conductas delictivas, dado que este nuevo modelo permite la imputación a la persona jurídica que cometa un hecho punible en provecho de la institución y por su cuenta, recayendo responsabilidad penal sobre la propia persona jurídica. En este

---

<sup>897</sup> Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “*Penal 2011*”, op. cit., pág. 319.

<sup>898</sup> CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro Javier, “*El delito contra la ordenación del territorio tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal*”, *Práctica Urbanística*, pág. 74.

<sup>899</sup> Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, las acciones típicas que afectan a las personas jurídicas son las siguientes: promover, favorecer, facilitar o publicitar la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos, así como su trasplante, art. 156 bis 3 del CP; la trata de seres humanos, art. 177 bis 7 del CP; la explotación sexual de menores, art. 189 bis del CP; los delitos relativos al descubrimiento y revelación de secretos, art. 197.3 del CP; el delito de estafa y alzamiento de bienes, art. 251 bis del CP; la insolvencia punible, art. 261 bis del CP; los daños informáticos, art. 264.4 del CP; los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores, art. 288 del CP; el delito de blanqueo de capitales, art. 302.2 del CP; los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social, art. 310 bis del CP; los delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros, art. 318 bis 4 del CP; los delitos urbanísticos, art. 319.4 del CP; los delitos contra el medio ambiente, art. 327 del CP, así como su modalidad específica, art. 328.6 del CP; los delitos de riesgo catastrófico, art. 343.3 del CP; los delitos de tenencia, manipulación, transporte y comercialización de explosivos y sustancias peligrosas, art. 348.3 del CP; los delitos contra la salud pública, art. 369 bis del CP; falsificación de tarjetas de crédito y de cheques de viaje, art. 399 bis del CP; el cohecho, art. 427.2 del CP; el tráfico de influencias, art. 430 del CP; el delito de corrupción de funcionarios públicos y de organizaciones internacionales, art. 445.2 del CP; los delitos de terrorismo 570 quáter 1 del CP; y la colaboración con actividades terroristas, art. 576 bis 3 del CP.



sentido se manifiesta PORTAL MANRUBIA<sup>900</sup>, al señalar que la persona jurídica puede ser utilizada para encubrir, por medio de las decisiones de sus órganos, una actividad que trasciende del orden económico, consistente en la creación de personas ficticias en el delito de evasión fiscal; proporcionar datos falsos de la realidad económica de las personas jurídicas cuya actividad de control se compromete a realizar; originar daño sobre una pluralidad de personas a través de la elaboración de productos defectuosos o alimentos nocivos; provocar daños en el medio ambiente por gestionar, de manera incorrecta, los vertidos propios y aquellos que se obliga a tratar.

Todas las conductas delictivas de estas entidades jurídicas pueden ser cometidas a través de sus representantes legales y administradores de derecho o de hecho, pero siempre en nombre y provecho de las personas jurídicas<sup>901</sup>, como pueden ser las personas que tienen el cometido de dirección de una empresa dedicada a la actividad económica de la construcción. Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>902</sup>, administrador de derecho serán los que administran en virtud de un título jurídicamente válido, que en la sociedad anónima serían los nombrados por la Junta General, o en general, los que pertenezcan al órgano de la administración de la sociedad inscrita en el Registro Mercantil sin

---

<sup>900</sup> PORTAL MANRUBIA, José, “*La persona jurídica ante la jurisdicción penal tras la última reforma del Código Penal*”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 6/210 (estudio), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona 2010, pág. 1.

<sup>901</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español*”, Revista Electrónica de la AIDP, 2011, op. cit., pág. 13. De actuar la persona física fuera de su ámbito, el delito no será imputable a la persona jurídica, aunque le favorezca, pudiendo las extralimitaciones puntuales llevar, en el plano penal, a excluir la responsabilidad de la corporación por su conducta.

<sup>902</sup> STS de 26 de julio de 2006.

embargo; serán administradores de hechos las personas que hayan ejercido funciones en nombre de una sociedad -siempre que esto se acredite-, o las que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado; o prescindiendo de conceptos extrapenales, se entenderá por administrador de hecho<sup>903</sup> a toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra<sup>904</sup>.

## II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Con anterioridad al CP de 1983 no existía en nuestro país ningún artículo que criminalizara las personas jurídicas a pesar de que la propia jurisprudencia si exigía responsabilidad penal a las personas física por las conductas ilícitas realizadas por cuenta y en nombre de las entidades jurídicas. El argumento que utilizaba nuestro Alto Tribunal era que las sociedades y personas morales que no tenían responsabilidad penal

---

<sup>903</sup> Vid. PORTAL MANRUBIA, José, “*La persona jurídica ante la jurisdicción penal tras la última reforma del Código Penal*”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 6/2010 (Estudio), Pamplona 2010, pág. 1. Para este autor, el administrador de hecho es aquella persona que tiene el cargo caducado o que, con posterioridad a su renuncia, sigue realizando actuaciones con el fin de salvaguardar la continuidad del ente. A mi juicio, como hipótesis más usual, alcanza a quienes, sin nombramiento alguno, realizan actuaciones frente a terceros porque son administradores de una sociedad dominante, junto con aquellos administradores que su nombramiento es nulo por ser contrario a la ley.

<sup>904</sup> Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, (coord.), Memento Experto, “*Responsabilidad de personas jurídicas. Reforma Penal, Ley Orgánica 5/210*”, Ediciones FRANCIS LEFEBVRE, S.A., Julio, 2010, pág. 16.

deberían de responder sus órganos y las personas físicas que lo encarnan en sus facultades de dirección, gestión, administración o representación<sup>905</sup>.

Con la modificación del CP de 1983 operado mediante la LO 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del CP, imitando al Código Penal, alemán, al introducir el actuar en nombre o lugar de otro, y evitar problemas con la garantía del principio de culpabilidad. De esta manera se consideraba autor al que actuaba en nombre de otra persona física o persona jurídica. En ocasiones era posible la imputación de un delito a una persona física que actuaba en nombre una persona jurídica, introduciéndose en su el art. 15 bis que establecía que “ *El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurran en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo*<sup>906</sup>”.

El CP de 1995, incluyó la responsabilidad penal para las personas físicas que actuaban por cuenta y en nombre de una persona jurídica, al establecer en el artículo 31, “*El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él*

---

<sup>905</sup> Vid. NEILA NEILA, José María, “*La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*”, Editorial Bosch, Barcelona 2012, pág. 19.

<sup>906</sup> Vid. MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, “*La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Anales de Derecho, núm. 29, 2011, pág. 1. Para este autor todo ha cambiado con la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010 donde las posiciones hasta entonces minoritarias logran la incorporación a nuestro Texto punitivo de una forma legislativa más completa y actualizada de semejante responsabilidad de las personas jurídicas en un intento no totalmente conseguido de ampliar y rectificar los discutible inicios que propiciaron los artículos 15 bis del Código penal anterior y el artículo 31 del vigente.

*las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.*

Con la reforma del CP mediante LO 15/2003<sup>907</sup>, de 25 de noviembre se dio un paso adelante para criminalizar de forma directa y solidarias las conductas delictivas llevadas a cabo por las personas jurídicas, al añadirse un segundo párrafo al art. 31 que disponía que *“En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”.*

Pero ha sido finalmente con la reforma del CP operada por LO 5/2010 la que ha permitido la imputación criminal a las entidades con personalidad jurídica, al añadirse el art. 31 bis a nuestro texto punitivo. Este nuevo precepto ha derogado solamente el párrafo segundo del art. 31 que se incorporó mediante LO 15/2003, dejando inalterado el primer párrafo del mismo precepto, y como consecuencia existirá tanto la responsabilidad penal del administrador, como persona física en sus facultades de órgano de dirección, gestión o representación; como la imputación penal de las entidades jurídicas por las actuaciones que lleven a efecto el administrador de hecho o de derecho por cuenta y en nombre de una persona jurídica<sup>908</sup>.

---

<sup>907</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”*, op. cit., pág. 9. En todo caso, la reforma de 2003 no supuso un punto final en el proceso de regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español.

<sup>908</sup> Vid. MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, *“La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”*, op. cit., pág. 23. Para este autor, la reforma de 2010 en relación con las personas jurídicas se concentra fundamentalmente, que no en su totalidad, en el nuevo artículo 31 bis. El legislador penal ha optado por una doble vía de regulación: por un lado, acoge la imputación de aquellos delitos cometidos en

### III. REGULACIÓN ACTUAL

En nuestra opinión la LO 5/2010, de 22 de junio ha procedido a mejorar la LO 15/2003, de 25 de noviembre, pues en éste último modelo, las personas jurídicas estaban indefensas en el sentido de que eran responsables de forma directa y solidaria de efectuar el abono de las multas que se le imponían a las personas físicas, sin tener el derecho de defensa, toda vez que las personas jurídicas no eran llamadas al proceso penal. A partir de la reforma de la LO 5/2010, las personas jurídicas serán llamadas al proceso penal y tendrán posibilidad de derecho de defensa.

El sistema de la responsabilidad penal impuesto a las personas jurídicas por la LO 5/2010, ha sido calificado como aberración jurídica, por cuanto implica extender la pena a quien no ha sido parte en el proceso y, por tanto, no ha podido defenderse, produciéndose de este modo una clara responsabilidad objetiva que no se observa, ni siquiera, en el Derecho Privado, donde la condena de una persona jurídica precisa acreditar la concurrencia de culpa o negligencia<sup>909</sup>. La responsabilidad penal de estas entidades tienen su fundamento en la infracción de deberes que le corresponden o también en la defectuosa organización, de ahí que tengan la obligación de garantizar la vigilancia sobre los delitos que cometan las personas físicas en nombre de estas sociedades mercantiles, o como bien

---

nombre de personas jurídicas o por cuenta de las mismas, y en su provecho, cometidos por las personas que tienen poder de representación en las mismas (artículo 31 bis, 1, párrafo 1º); por otro, aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el hipótesis anterior (artículo 31 bis, 1, párrafo 2º).

<sup>909</sup> DEL CASTILLO CODES, Enrique, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Noticias Jurídicas, diciembre de 2011, pág. 13.

señala MUÑOZ LLORENTE, existirá una infracción del deber de cuidado por parte del ente colectivo que favorece la comisión del delito por sujetos individuales.

Una de las novedades más importante en lo referente a la materia que nos ocupa, es decir, en la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, ha sido la introducción por la LO 5/2010 del apartado cuarto del art. 319, por el cual se dispone que cuando en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, fuere responsable una persona jurídica, de acuerdo con lo prevenido en el art. 31 bis del CP, se le impondrá la pena de multa<sup>910</sup> de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por este delito sea superior a la cantidad resultante, debiendo en estos supuestos imponerse una multa del doble al cuádruple de montante del beneficio obtenido. En estos supuestos estos entes investidos de personalidad jurídica serán responsables penales<sup>911</sup> por ejecutar obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelo no urbanizable, o en los suelos calificados de especial protección, aunque actúen a través de los representantes legales o administradores, u otros subordinados o empleados.

---

<sup>910</sup> Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, op.cit., pág. 22.

<sup>911</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “La persona jurídica en los delitos del artículo 319 del Código Penal”, Anales de Derecho, núm. 30, 2012, pág. 229.

## 1. Requisitos para la imputación a las personas físicas

El número 2º del art. 31 ha sido suprimido por el apartado tercero del artículo único de la LO 5/2010, de 22 de junio<sup>912</sup>. A partir de ahora, el art. 31 consta de un solo apartado, estableciendo el mismo que *“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”*.

Será necesario para imputar al administrador de hecho o de derecho que la conducta ilícita se lleve a efecto por cuenta y nombre de la persona jurídica<sup>913</sup>, pues a *contrario sensu* si la conducta punible fuese realizada por una persona de la propia sociedad, pero no por cuenta y en nombre de esta se responsabilizaría a la persona física, quedando impune la sociedad mercantil. En esta línea se mueve nuestro Alto Tribunal al declarar *“que en adecuada hermenéutica impone la distinción entre los comportamientos realizados por el órgano de la persona jurídica de los efectuados aprovechando tal condición y a título puramente personal, utilizando en fraude de Ley una titularidad formal para finalidades desconectadas de la simple estructura de la persona jurídica; por lo que, tanto respecto al artículo 15 bis del Código Penal de 1983 como del artículo 3, vigente se ha de distinguir necesariamente entre delitos cometidos por el ente social y*

---

<sup>912</sup> Este precepto fue redactado por el apartado primero del artículo único de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>913</sup> Vid DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *“Penal 2011”*, op. cit., pág. 323.

*delitos cometidos utilizando tal condición representativa como mera forma*<sup>914</sup>.

De la redacción el art. 31 bis se puede interpretar que las persona físicas<sup>915</sup> son las que realizan materialmente los hechos típicos<sup>916</sup>, dado que sin la conducta ilícita de las personas físicas no habrá responsabilidad de personas jurídicas, toda vez que las personas jurídicas actúan a través de las personas físicas, por ello son a éstas a quienes hay que imputar acreditadamente los hechos ilícitos<sup>917</sup>.

Las personas físicas que pueden ser responsables penalmente de la conducta ejecutada a nombre y por cuenta de la persona jurídica son los que actúen como administrador de hecho o de derecho de la entidad jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro. Estas personas pueden ser el administrador único, varios administradores que actúen en formas conjuntas o mancomunadas, el consejo de administración, consejeros delegados con parte de facultades del consejo de administración, gerentes, etc.<sup>918</sup>. NEILA NEILA<sup>919</sup>, sostiene además que no solamente

---

<sup>914</sup> STS (Sala 2ª) núm. 607/2010 de 30 de junio.

<sup>915</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “*Societas delinquere potest*”, Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio, La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario núm. 76, año 2010, pág. 1 y ss. Es necesaria la existencia de una o varias personas (directivo o subordinados, individualmente o constituidos en órgano) vinculadas a la persona jurídica.

<sup>916</sup> Auto del Juzgado Central de Instrucción, de 11 de junio de 2011.

<sup>917</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español*”, pág. 11. Conforme a lo dispuesto por el nuevo art. 31 bis, en los supuestos expresamente previstos por la ley, la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede derivar de la comisión de determinados delitos en provecho de la entidad por parte de ciertas personas físicas.

<sup>918</sup> SAP de Barcelona de 6 de marzo de 1989.

<sup>919</sup> NEILA NEILA, José María, “*La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*”, op. cit., pág. 29.



pueden ser imputados penalmente aquellos que actúan a nombre de la Sociedad (orgánica o voluntaria), sino que también puede incardinarse dentro de la responsabilidad en el orden penal a cualquier directivo que actué a nombre de la Sociedad y dentro de su marco de competencia.

Uno de los requisitos más importantes para poder imputar responsabilidad penal a las personas físicas que obren ilícitamente a nombre y por cuenta de estas Sociedades de capital es que su conducta u omisión sea típica, dado que de conformidad con lo establecido en el art. 1 del CP, “*no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración*”. Siendo también necesario para la imputación que exista culpabilidad de estas personas físicas como se desprende el art. 5 del CP, “*No hay pena sin dolo o imprudencia*”<sup>920</sup>. Pues para la existencia de culpabilidad de la persona que comete la conducta delictiva, se debe tener conocimiento de que su conducta es ilícita y a pesar de ello haya querido ejecutar la acción punible. También es necesario que se den todos los elementos de tipo delictivo, pues como bien tiene declarado el Tribunal Supremo, para poder imputar responsabilidad penal a las personas físicas que representan a una persona jurídica, es preciso que haya ejecutado personalmente la conducta punible<sup>921</sup>. Sin embargo no responderán penalmente estas personas físicas cuando actúen como administradores de hecho o de derecho de estos entes

---

<sup>920</sup> ROIG ALTOZANO, Marina, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas: societas delinquere et puniri potest*”, Noticias Jurídicas, Febrero, 2012, pág. 4.

<sup>921</sup> STS (Sala 2ª) 8 de octubre de 1999.

jurídicos por la actuación de sus empleados cuando no lo hagan en nombre de la propia sociedad mercantil<sup>922</sup>.

En los delitos sobre la ordenación y el territorio, para poder imputar a los personas físicas, como por ejemplo al técnico-director, es necesario que estos empleados o subordinados de los entes jurídicos conozcan que la conducta punible está prohibida y a pesar de ser conocedores de esa prohibición ejecuten la obra no autorizable, sin contar con la licencia municipal y además que no sea susceptible de legalización *a posteriori*.

## 2. Requisitos para la imputación a las personas jurídicas

Del art. 31 bis se puede colegir que son las personas físicas las que realizan materialmente la conducta típica, pues sin su participación no podrá existir responsabilidad penal de las sociedades mercantiles jurídicas<sup>923</sup>. La responsabilidad penal impuesta a las personas jurídicas es independientes de las exigidas a las personas físicas<sup>924</sup>, dado que es directa<sup>925</sup> e independiente<sup>926</sup> o autónoma<sup>927</sup>, pudiéndose dar el supuesto que

---

<sup>922</sup> Vid. NEILA NEILA, José María, “*La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*”, op.cit., pág. 38.

<sup>923</sup> Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “*Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 88.

<sup>924</sup> MARTINEZ PARDO, Vicente, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Revista internauta de práctica jurídica, núm. 26, año 2011.

<sup>925</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “*Societas delinquere potest*”, op.cit., pág.5. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas que actué en su seno, ni a la inversa, ya que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no tiene por finalidad, ni está pensada, para evitar la asignación de responsabilidades individuales en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas.

la persona física haya sido declarada exenta de imputabilidad, como en el caso de fallecimiento<sup>928</sup> o desaparición, y ser imputable la sociedad jurídica en la que actuaba como representante o administrador. Esto trae causa de lo establecido en el art. 31.2 bis, al establecerse que *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quienes ostente los cargos o funciones aludido en el párrafo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento con ella”*.

Como hemos tenido de ocasión de comentar sobre los requisitos para poder imputar a las personas físicas que actúan en nombre de las personas jurídicas, también es presupuesto necesario para exigir responsabilidad criminal a estas entidades jurídicas que las conductas delictivas deban encontrarse tipificadas en el CP, dado que si los hechos no se encuentran incluidos como tipo delictivo, no se podrá imponer sanción alguna de conformidad con lo previsto en el art. 1 del CP, al disponer que *“No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por la Ley anterior a su perpetración”*.

También es requisito que las conductas ilícitas u omisiones deban ser ejecutadas por sus representantes y administradores de hecho o de

---

<sup>926</sup> Vid. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *“La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, núm. 1 del Código Penal”*, Cuaderno de Política Criminal, Sección Doctrinal, núm. 103, Mayo 2011, págs. 45-54.

<sup>927</sup> GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos., *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”*, La Ley, 14962, 2010, pág. 8.

<sup>928</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCIA ARÁN, Mercedes, *“Derecho Penal. Parte General”*, op.cit., pág. 632.

derecho<sup>929</sup>, pudiendo ser estos representantes, o personas individuales o colegiados, y además que estos representantes legales hayan actuado por cuenta o provecho del ente jurídico. Señala DOPICO GÓMEZ –ALLER<sup>930</sup>, que al exigirse que el sujeto agente cometa el delito *en provecho* de la empresa, parece orientarse sobre todo a delitos dolosos o a imputación como los del delito medioambiental, en las que se opta, en provecho de la empresa, por reducir costes aumentando un riesgo, significando que la imprudencia no está excluida del primer párrafo.

### **3. Delitos cometidos por empleados o subordinados de las personas jurídicas**

Existirá responsabilidad criminal también para las personas jurídicas cuando la conducta punible sea cometida por las personas físicas sometidas a la autoridad de sus legales representantes<sup>931</sup> o administradores<sup>932</sup>. Estas personas físicas pueden ser empleados sometidos a una relación laboral<sup>933</sup> o

---

<sup>929</sup> Vid. ZULGALDIA ESPINAR, José Miguel. “*Societas delinquere non potest*”, op. cit., pág. 2. La responsabilidad criminal de la persona jurídica, va a exigir siempre que lo que realiza una persona física, se le impute a una persona jurídica en base de la infracción culpable de deberes que le competen precisamente a ella. Vid. También SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*La persona jurídica en los delitos del artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág. 220.

<sup>930</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva.*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pág. 72.

<sup>931</sup> Vid. MORALES PRATS, Fermín, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pág. 53.

<sup>932</sup> Vid. PORTAL MANRUBIA, José, “*La persona jurídica ante la jurisdicción penal tras la última reforma del Código Penal*”, op. cit., pág. 2. La responsabilidad penal del ente jurídico también se sustentará en el deficiente control que se ejerce sobre el mismo por los órganos de dirección, porque permitirá a sus subordinados ejecutar una acción punible en nombre y beneficio de éste, sin precisar la existencia de una imprudencia grave.

<sup>933</sup> ROIG ALTOZANO, Marina, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas: societas delinquere et puniri potest*”. Noticias Jurídicas, febrero 2012, pág. 1

cualquier otra persona que aun siendo trabajador autónomo esté bajo la directa autoridad de los directivos de la entidad jurídica<sup>934</sup>, como suele ocurrir en los supuestos de que un técnico-director de la obra de una constructora o promotora que se encuentre sometido a la voluntad del administrador de una persona jurídica dedicada a esta actividad de la construcción<sup>935</sup>. Es necesario que estos empleados o subordinados<sup>936</sup> realicen el ilícito penal<sup>937</sup> en el ejercicio de la actividades sociales<sup>938</sup> y por cuenta y en provecho de la persona jurídica y en su consecuencia sólo existirá responsabilidad de estas sociedades jurídicas cuando el sujeto haya ejecutado el ilícito por cuenta de estas entidades societarias y en su provecho<sup>939</sup> en el ejercicio de las funciones que le han sido encomendadas<sup>940</sup>. En este supuesto se debe dar el requisito de que el empleado o subordinado<sup>941</sup> haya realizado la conducta delictiva por no haberse ejercido sobre él como persona jurídica el debido control<sup>942</sup>

<sup>934</sup> Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, op. cit., pág. 12.

<sup>935</sup> Vid. SANCHEZ ROBERT, María José, “La persona jurídica en los delitos del artículo 319 del Código Penal”, Anales de Derecho, núm. 30, 2012, pág. 227.

<sup>936</sup> Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva.”, op. cit., pág. 72. La responsabilidad por culpa in vigilando, no excluye la tolerancia dolosa del sujeto omitente.

<sup>937</sup> NIETO MARTÍN, Adán, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, Revista Xurística Galega, núm. 63, años 2009, pág. 47-70.

<sup>938</sup> GÓMEZ BERNABEU, I, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV: VII 7º Congreso Tributario, Ponencia del VIII. AEDAF, Madrid, 2011, pág. 172.

<sup>939</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCIA ARÁN, Mercedes, “Derecho Penal. Parte General”, op.cit., pág. 630.

<sup>940</sup> NIETO MARTÍN, Adán, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, Revista Xurística Galega, op.cit., pág. 47-70.

<sup>941</sup> Vid. Vid. MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., pág. 23.

<sup>942</sup> Vid. DIAZ GÓMEZ, Andrés, “El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2011, núm. 13-08, p.08:1-08:28, pág. 4.

atendiendo las concretas circunstancias del caso. Para FEIJOO SÁNCHEZ<sup>943</sup>, de una lectura superficial podría darse a entender que sería posible extender la responsabilidad penal de la persona jurídica hasta toda conducta de persona que se encuentre sometida a algún tipo de influencia, o indicaciones e instrucciones de los administradores o representantes legales, incluyendo empleados de otras empresas jurídicas. De acuerdo con el sistema establecido por el art. 31 *bis* sólo deberían ser relevantes, los comportamientos de aquellas personas que tengan una relación laboral o de Alta Dirección con la persona jurídica penalmente responsable, es decir, los recursos humanos de la propia persona jurídica.

Para la existencia de responsabilidad de las personas jurídicas se debe de tener en cuenta si el trabajador no hubiera podido realizar la conducta delictiva si se hubiera ejercido el debido control, porque si el hecho punible de los subordinados se hubiera realizado, aun cuando haya existido un adecuado control por los directivos, la conducta de estas personas subordinadas no conlleva responsabilidad criminal para la sociedad jurídica<sup>944</sup>. En parecidos términos se pronuncia la Fiscalía General del Estado<sup>945</sup> *“La mera ejecución defectuosa del control debido por parte, por ejemplo, de un cuadro medio o de cualquier otro empleado, cuando quede acreditado que los gestores o los órganos de gobierno de la persona jurídica han ejercido por sí o por delegación en otras personas todas las medidas exigibles para la prevención, detección y reacción ante posibles*

---

<sup>943</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *“Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas”*, op. cit., pág. 103.

<sup>944</sup> Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *“Penal 2011”*, op. cit., pág. 325.

<sup>945</sup> Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010.

*delitos, no deberá en principio determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin perjuicio de las circunstancias atendibles en cada caso concreto”.*

No existirá tampoco responsabilidad penal para estos tipos de entes jurídicos si por parte de los administradores existe un sistema eficiente de control y supervisión<sup>946</sup> y el sistema falla por culpa de uno de los empleados que tenía el encargo de supervisión<sup>947</sup>, dado que no se considera que haya fallado el control por los órganos directivos<sup>948</sup>. Si se puede acreditar que los órganos directivos de las personas jurídicas han adoptado eficazmente las medidas de control<sup>949</sup>, prevención<sup>950</sup>, detección y reacción ante posibles delitos, no se les puede exigir responsabilidad criminal a estas sociedades, aunque algún empleado o subordinado haya conseguido violar estos controles en comisión de una conducta delictiva. En un sentido parecido la Fiscalía General del Estado en su circular 1/2011, señala que la ley establece un deber de fiscalización o control generador de

---

<sup>946</sup> Vid. PORTAL MANRUBIA, José, “*La persona jurídica ante la jurisdicción penal tras la última reforma del Código Penal*”, op.cit., pág. 2. La persona jurídica se ve obligada a designar un encargado de prevención para llevar a cabo una auditoría interna, *internal auditing*. Para ello, debe establecerse un reglamento interno con el fin de asignar las facultades del responsable de prevención, que es quien determina los delitos que son susceptibles de ser cometido por el ente jurídico a consecuencia de su forma asociativa, así como el protocolo de actuación del que deben valerse los trabajadores para evitar las actuaciones punibles.

<sup>947</sup> Vid. DIAZ GÓMEZ, Andrés, “*El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*”, op. cit, pág.3.

<sup>948</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “*Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, op. cit., pág. 106.

<sup>949</sup> Vid. ROIG ALTOZANO, Marina, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas: societas delinquere et puniri potest*”, op.cit., pág. 6.

<sup>950</sup> Vid. NIETO MARTÍN, Adán, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva.*”, op. cit. pág. 104. Cuando la empresa contara con un código de prevención eficaz no se le debería imponer sanción alguna.

responsabilidad penal, que incumbe en último término a los superiores<sup>951</sup>, - representantes, gestores de hecho o de derecho- respecto de quienes actúan en el ámbito de la persona jurídica. Así, al órgano gestor le corresponde un deber de control y vigilancia que remite a los cursos lesivos y/o peligrosos creados por sus subordinados y que pueden llevar a la comisión de los tipos penales previstos en la parte especial. Precisamente esa falta de control por parte de la cúpula de la empresa es la que hace que la responsabilidad derivada del ilícito penal sea transferida a la persona jurídica. A *contrario sensu*, la FGE en la misma circular refiere que para poder exigir responsabilidad penal por las acciones de sus subordinados, se deberá de acreditar que se ha omitido por parte del gestor, bien de forma directa, bien a través de la cadena de delegaciones que se haya podido prever a tal fin, el control debido respecto de su actividad.

#### 4. Atenuación de la responsabilidad penal

En el apartado cuarto del art. 31 bis se contiene las circunstancias atenuantes<sup>952</sup> de la responsabilidad en las personas jurídicas<sup>953</sup>, al haber

---

<sup>951</sup> Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “*Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*”, Reus, Madrid, año 2007, pág. 152.

<sup>952</sup> NIETO MARTÍN, Adán, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*”, Revista Xurídica Galega, op.cit., pág. 47-70.

<sup>953</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCIA ARÁN, Mercedes, “*Derecho Penal. Parte General*”, op.cit., pág. 632. Al no partirse de una responsabilidad propia y plenamente autónoma de la persona jurídica, sus circunstancias atenuantes no reflejan una disminución de su culpabilidad y, por ello, las que se prevén son todas hechos posteriores al delito que pueden interpretarse como supuesto de menor necesidad preventiva de la pena. No se prevén agravantes generales para la persona jurídica, aunque en la determinación de la pena (art. 66 bis CP) se indica la reincidencia como requisito para la imposición de algunas penas.



realizado, *post delictum*<sup>954</sup> a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades<sup>955</sup>:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, al confesar la infracción a las autoridades. En este ámbito entran el arrepentimiento o el miedo a ser juzgada, si la persona jurídica ha adoptado de forma continuada las medidas preventivas antes de cometer la conducta delictiva, excluirá la imputación en el caso de la *culpa in vigilando*<sup>956</sup>.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos<sup>957</sup>. En estos supuestos estamos de acuerdo con lo señalado por SÁNCHEZ ROBERT<sup>958</sup>, al manifestar que en el caso de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, estaríamos en el caso hipotético de que una persona coautora o de algún modo participe en la comisión del delito, a través de su representante, aporte datos, de pruebas nueva que esclarecerían los hechos y, en consecuencia, las distintas responsabilidades penales.

<sup>954</sup> Vid. RODRIGUEZ RAMOS, Luís, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Diario La Ley núm. 7561, Sección Doctrina, 3 febrero de 2011, pág.3.

<sup>955</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva.”, op. cit., pág. 73. Según el texto del artículo 31 bis 4, la conducta posdelictiva positiva sólo puede tener efecto atenuante si la realiza *el representante* de la empresa. La persona física idónea para el artículo 31 bis 4 es sólo el representante (y cualquier representante), pero la persona física idónea para *desencadenar* la responsabilidad penal de la persona jurídica (según el artículo 31 bis 1) es definida en términos muchos más amplio.

<sup>956</sup> Vid. DIAZ GÓMEZ, Andrés, “El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, op. cit., pág. 10.

<sup>957</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “La persona jurídica en los delitos del artículo 319 del Código Penal”, op. cit., pág. 248.

<sup>958</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “idem”, op. cit., pág. 248.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito, como suele ser el supuesto de que la persona jurídica que se dedica a la actividad de la construcción demuele lo construido por arrepentimiento antes de su finalización y con anterioridad al juicio oral<sup>959</sup>.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. Es el caso de una empresa investida de personalidad jurídica que sea constructora o promotora, que observa antes del juicio oral que el suelo donde se está construyendo es suelo rural y advierte a otras empresas del mismo ramo de que construir en ese tipo de suelo es constitutivo de infracción penal

## 5. La responsabilidad civil derivada del delito

Con la reforma del CP por la LO 5/2010, se ha introducido un tercer apartado al art. 116, con el cual se establece que la responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil de conformidad con lo establecido en el art. 110<sup>960</sup> del mismo Cuerpo Legal de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos<sup>961</sup>. Si estos entes jurídicos son responsables criminalmente,

---

<sup>959</sup> Vid. PORTAL MANRUBIA, José, *“La persona jurídica ante la jurisdicción penal tras la última reforma del Código Penal”*, op. cit., pág. 3.

<sup>960</sup> La responsabilidad civil comprenderá la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 110 CP).

<sup>961</sup> Se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito; pero no por eso se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena legal (art. 1813 CC).

lo serán también civilmente y de manera directa en los mismos términos que las personas físicas<sup>962</sup>, como sujetos activos de los delitos previstos en el art. 319.1 y 2 del CP.

De conformidad con lo establecido en el artículo 109 en conexión con el artículo 1902 del Código Civil, la comisión de un delito conlleva también la responsabilidad civil por todos los daños y perjuicios irrogado, debiéndose proceder a restituir, reparar o indemnizar a los perjudicado, que en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, son los sujetos pasivos, es decir la propia colectividad. Esta responsabilidad civil será solidaria con las personas físicas que sean condenadas por los mismos hechos<sup>963</sup>.

## 6. La extinción de la responsabilidad penal

Las causas de la extinción<sup>964</sup> de la responsabilidad penal de las personas jurídicas están reguladas en los artículos 130 a 135 del CP. No todas las causas que contiene el art. 130.1 del CP, son aplicable a la extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues entendemos que sólo serán el cumplimiento de condena, la prescripción de la infracción penal y la prescripción de la pena<sup>965</sup>, sin embargo no es

---

<sup>962</sup> Vid. MELENDO PARDOS, Mariano/ NUÑEZ FERNÁNDEZ, José, “*Personas jurídicas y responsabilidad penal*”, op. cit., pág.1082. Es conveniente recordar que la persona jurídica puede resultar penalmente responsable sin necesidad que ninguna persona física resulte condenada.

<sup>963</sup> Vid. DIAZ GÓMEZ, Andrés, “*El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*”, op. cit., pág. 19.

<sup>964</sup> Vid. DIAZ GÓMEZ, Andrés, “*idem*”, op. cit., pág. 18.

<sup>965</sup> MELENDO PARDOS, Mariano/ NUÑEZ FERNÁNDEZ, José, “*Personas jurídicas y responsabilidad penal*”, op. cit., pág.1084. Estos autores consideran que en la regulación positiva del indulto impide, al menos de manera expresa, que el mismo se pueda solicitar para extinguir la responsabilidad penal de la persona jurídica.

posible extender como causa para la extinción de la responsabilidad criminal a estos entes jurídicos, la muerte del reo, la remisión de la pena o el perdón del ofendido.

La prescripción para los delitos que comentan estas sociedades jurídicas se producirá a los cinco años y para la extinción de la pena a los diez años desde la firmeza de la resolución judicial. El plazo de prescripción del delito por las personas jurídicas se computará desde el día que se haya cometido la conducta punible. En los supuestos en que los delitos que cometan estas sociedades jurídicas sean continuados, permanentes o exijan habitualidad, la prescripción se computara, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que la persona jurídica cesó la conducta punible<sup>966</sup>.

Es necesario que la persona contra la que se dirige el procedimiento quede suficientemente determinada en la sentencia, bien mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización criminal o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho<sup>967</sup>.

Tras la reforma operada por la LO 5/2010, se ha introducido al art. 130 del CP un segundo apartado, con el objeto de poder evitar que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas sea esquivada<sup>968</sup> o

---

<sup>966</sup> Vid. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “*El impacto de la reforma de Código Penal, en relación a las personas jurídicas*”, La Ley Penal, núm. 61, Sección Estudios, Junio 2009, Editorial La Ley, pág. 26.

<sup>967</sup> Este número 2º del artículo 132 ha sido redactado por el apartado trigésimo cuarto del artículo único de la LO 5/2010, de 22 de junio.

<sup>968</sup> Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva.*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pág. 129.

burlada<sup>969</sup>. Para ello en los supuestos de que estas entidades jurídicas procedan a su transformación, fusión, absorción o escisión no extinguirá su responsabilidad criminal<sup>970</sup>, pues la misma se trasladará a la otra entidad en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad que resulte de la escisión<sup>971</sup>. Sobre este respecto señala ZUGALDÍA ESPINAR<sup>972</sup>, que se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

Señalan MELENDO PARDOS/NUÑEZ FERNÁNDEZ<sup>973</sup>, que el legislador de 2010 ha dispuesto que la disolución aparente o encubierta de la persona jurídica no extingue la responsabilidad penal, entendiendo que tal disolución se da cuando la persona jurídica continúa su actividad económica y mantiene la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

En un principio es legal que la disolución de la persona jurídica extinga su responsabilidad criminal, excepto que la disolución sea fraudulenta o meramente aparente y que tenga como finalidad eludir la

---

<sup>969</sup> Vid. SANZ GAITE, María Antonia, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva.", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pág. 121.

<sup>970</sup> UBEDA DE LOS COBOS, Julio José "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio", La Ley Penal, revista de derecho penal, procesal y penitenciario, núm. 77, 2010, pág.16.

<sup>971</sup> STS 606/2010 de 25 de junio.

<sup>972</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva.", op. cit., pág. 131.

<sup>973</sup> MELENDO PARDOS, Mariano/ NUÑEZ FERNÁNDEZ, José, "Personas jurídicas y responsabilidad penal", op. cit., pág.1085.

responsabilidad penal<sup>974</sup>. En este sentido, señala el nuevo apartado segundo del art. 130 del CP<sup>975</sup> que *“No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos”*.

## **7. Las consecuencias jurídicas del delito**

### **a) Las penas**

Las consecuencias que conlleva la comisión de una conducta delictiva por la persona jurídica, puede ser de índole diversa y diferenciada, yendo desde la pena de multa, que es de imposición obligatoria, a las restantes penas -que serán potestativas o facultativas-, como son las sanciones interdictivas de disolución de las personas jurídicas, suspensión de actividades, clausura y cierre de locales y establecimientos, prohibición de realizar actividades, inhabilitación e intervención judicial<sup>976</sup>.

El legislador ha impuesto con la reforma del CP operada mediante LO 5/2010, un amplio catálogo de penas específicas para su imposición a

---

<sup>974</sup> Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *“Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas”*, op. cit., pág. 263.

<sup>975</sup> Este número 2º del artículo 130 ha sido redactado por el apartado trigésimo cuarto del artículo único de la LO 5/2010, de 22 de junio.

<sup>976</sup> Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”*, op. cit., pág. 23.

las personas jurídicas que comentan hechos punibles. Con esta reforma se ha añadido al art. 33 de CP el apartado séptimo que impone las penas aplicables a las personas jurídicas por la comisión de hechos delictivos de consideración grave<sup>977</sup>, y en su consecuencia el plazo de prescripción se establece de conformidad con lo establecido en el art. 133 del CP a los diez años desde la comisión del hecho punible<sup>978</sup>.

### **b) La multa como pena**

Como antes se ha tenido ocasión de mencionar, la multa es la pena básica y principal, salvo para los delitos cometidos por las personas jurídicas integradas por organizaciones y grupos criminales, grupos terroristas y asociaciones ilícitas, que conllevarán como pena la disolución<sup>979</sup>. Siendo la pena básica de multa la única obligatoria que se impone a todas las conductas ilícitas de la parte especial del CP, las demás tendrán carácter de potestativas o facultativas.

Señala FEIJOO SÁNCHEZ<sup>980</sup>, que la multa, por tanto, es la única sanción que cumple un fin preventivo-general que, por consiguiente, se merece el calificativo de pena y cuya determinación viene orientada en

---

<sup>977</sup> Vid. SANZ GAITE, María Antonia, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva.", op. cit., pág. 117. No explica el texto del Anteproyecto el motivo por el que las penas de que son destinatarias las personas jurídicas tienen todas ellas la naturaleza de graves.

<sup>978</sup> Vid. ROIG ALTOZANO, Marina, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: *societas delinquere et puniri potest*", op. cit., pág. 4.

<sup>979</sup> Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, "Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", op. cit. pág. 237.

<sup>980</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, "Idem", pág. 238.

exclusiva por la gravedad del injusto y de la culpabilidad de la propia persona jurídica, siendo las restantes sanciones las que cumplen esencialmente fines preventivo-especiales encontrándose orientadas a prevenir la peligrosidad de las personas jurídicas.

Para la determinación de la pena de multa el legislador ha optado por dos sistemas de multas, el de días-multas y la multa proporcional. La ley previene la imposición de que ambos sistemas se impongan alternativamente. En el caso de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, sólo está permitido la multa proporcional si el beneficio obtenido es superior a la cantidad resultante por el sistema de días multas.

### **c) Las sanciones**

Como se ha comentado con anterioridad la pena de multa cumple una finalidad preventivo-general, a diferencia de las restantes penas que cumplen fines preventivos-especiales, de ahí su carácter potestativo o facultativo de su imposición. Estas penas se diferencian de la pena de multa en lo siguiente:

- 1) Disolución de la persona jurídica.
- 2) Suspensión temporal de la actividad.
- 3) Clausura temporal de los locales y establecimiento.
- 4) Prohibición de realizar actividades en el futuro.



5) Inhabilitación para obtener subvenciones, ayudas públicas y contratar por la administración, e incentivos fiscales y de Seguridad Social<sup>981</sup>.

6) Intervención judicial.

La disolución de la persona jurídica producirá la pérdida definitiva de la persona jurídica y su capacidad de actuar en el tráfico jurídico. Esta es la pena principal y obligatoria que se debe de imponer cuando estas entidades jurídicas tengan como actividades económicas a organizaciones criminales y grupos terroristas. Señala ROMA VALDES<sup>982</sup> que la disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su absoluta capacidad de actuar en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. Como consecuencia, el órgano sentenciador deberá acordar la inscripción de la sentencia en el Registro Mercantil.

La suspensión de actividades, la clausura de locales y establecimientos de las personas jurídicas no podrá exceder de cinco años<sup>983</sup>.

La prohibición de realizar actividades puede ser temporal o definitiva, para esta última la prohibición se impone cuando exista

---

<sup>981</sup> Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español*”, op. cit., pág.23

<sup>982</sup> ROMA VALDÉS, Antonio, “*Responsabilidad penal de las personas jurídica*”, Editorial Rasche, Madrid 2012, pág. 58.

<sup>983</sup> Vid. DIAZ GÓMEZ, Andrés, °“*El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*”, op. cit., pág. 7. Para este autor la suspensión de actividades es una especie de muerte provisional o temporal.

multireincidencia<sup>984</sup> y cuando la actividad primordial sea delictiva. Si fuese temporal el plazo no podrá exceder de quince años.

La inhabilitación de la sociedad jurídica puede imponerse de tres formas, para la obtención de subvenciones y ayudas públicas, contratación con el Sector Público y disfrute de beneficios e incentivos fiscales, o de la seguridad social.

En la intervención judicial la persona jurídica sigue ejerciendo la actividad con el fin de salvaguardar los intereses de trabajadores y acreedores, pero el Juez o Tribunal asigna un delegado judicial para que proceda al cumplimiento de la legalidad. Esta persona no está sometida al órgano de administración de la empresa. Esta intervención no puede exceder de cinco años pudiendo afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o personas jurídicas y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones<sup>985</sup>.

---

<sup>984</sup> Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág. 328. Ejemplo de multireincidencia es que la empresa constructora haya cometido al menos tres delitos de los previstos en el artículo 319 del Código Penal, como levantar una construcción ilegal en suelo no urbanizable que además sea una zona considerada de especial protección.

<sup>985</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español*”, op. cit., pág. 23.

Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

## **8. Personas jurídicas excluidas del ámbito de la responsabilidad penal**

Sin embargo a pesar de la penalización de las conductas delictivas que ejecuten estos tipos de sociedades, “*societas delinquere et puniri potest*”, el artículo 31 bis. 5)<sup>986</sup> del CP enumera un elenco de personas jurídicas que están excluidas<sup>987</sup> del ámbito de responsabilidad penal<sup>988</sup>:

- a) El Estado.
- b) Las Administraciones Públicas Territoriales e Institucionales.
- c) Los Organismo Reguladores.
- d) Las Agencias y Entidades Públicas Empresariales.
- e) Las Organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía y administrativas.

---

<sup>986</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCIA ARÁN, Mercedes, “*Derecho Penal. Parte General*”, op.cit., pág. 628.

<sup>987</sup> Vid. ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier, “*Los delitos urbanísticos en la reforma del Código Penal*”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 260, septiembre-octubre, 2010, este autor considera que no están exentas de responsabilidad penal, o no parecen estarlo, las sociedades y fundaciones públicas que no sean estatales, lo cual no deja de ser curioso y planteará dudas y problemas con la constelación de empresas públicas y, en menor número, fundaciones que han creado las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales.

<sup>988</sup> Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “*Penal 2011*”, op. cit., pág. 321.

- f) Las sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general<sup>989</sup>.
- g) Los Partidos Políticos.
- h) Y los Sindicatos.

Además también están exentas de responsabilidad criminal por las conductas delictivas las organizaciones internacionales de derecho público, y a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades Mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general; sin embargo, estos entes investidos de poderes del Estado<sup>990</sup> podrán tener responsabilidad penal, cuando se constate que estas formas jurídicas fueron creadas por sus representantes legales con el objeto de eludir su responsabilidad penal<sup>991</sup>.

Los sujetos responsables en el régimen de responsabilidades de las personas jurídicas son en principio las entidades privadas de derecho y mercantil, estando excluidas de criminalidad penal las entidades que se contienen en el art. 55 y ss de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Para GÓMEZ-JARA DIEZ<sup>992</sup> esta exclusión del Estado no es específica de nuestro ordenamiento, sino

---

<sup>989</sup>Vid. DIAZ GÓMEZ, Andrés, “*El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*”, op. cit., pág. 13.

<sup>990</sup> Vid. LOZANO CUTANDA, Blanca, “*Delitos contra la ordenación del territorio y prevaricación urbanística*”, op. cit., pág. 4.

<sup>991</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCIA ARÁN, Mercedes, “*Derecho Penal. Parte General*”, op.cit., pág. 629.

<sup>992</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal*” La Ley 14962/2010.

también puede apreciarse en países de nuestro entorno, pues la inclusión o exclusión del Estado de este tipo de responsabilidad depende en gran medida de la concepción del Estado que impere en un determinado país, pues en aquellas concepciones más liberales de Estado, como las anglosajonas, no tienen mayor problema en incluir a las entidades estatales entre los destinatarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>993</sup>.

La exclusión de criminalidad penal de los partidos políticos y sindicatos puede obedecer al reconocimiento que hace la Constitución española de estos entes del desempeño de funciones públicas cuasi estatal. Aunque nuestra legislación guarda silencio sobre si es admisible la exclusión de responsabilidad penal de las sociedades autonómicas, provinciales y locales, consideramos que estas entidades igualmente estarán excluidas del art. 31 bis del CP, al ser también una institución estatal, y por tanto, no resultará coherente la intervención del Estado en el Estado<sup>994</sup>.

En nuestra opinión estamos de acuerdo con DEL CASTILLO CODES<sup>995</sup>, al considerar discriminatorio que queden inmunes de criminalidad los partidos políticos y los sindicatos, pues en tales casos no se niega que la condena afectaría a un segmento muy amplio de la sociedad, ya que tanto los partidos políticos como los sindicatos

---

<sup>993</sup> Vid. MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, “*La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, op. cit., págs. 28-29.

<sup>994</sup> Vid. ROIG ALTOZANO, Marina, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas: societas delinquere et puniri potest*”, op. cit., pag.3.

<sup>995</sup> DEL CASTILLO CODES, Enrique, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, op. cit, pág. 17. En la misma opinión, MUÑOZ LLORENTE, José, “*Algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España: su contradictorio presente y su incierto futuro*”, op.cit., pág. 954.

representan intereses de un importante espectro social. Sin embargo también otras instituciones, como por ejemplo la Iglesia Católica, ostentando una representación muy superior a la de aquellos y realizando una obra social incomparablemente superior, puede ser penalmente responsable.

La Circular 1/2011 de la Fiscalía General de Estado en referencia a la exclusión de responsabilidad penal de las personas jurídicas, declara que la exclusión del Estado es común en la mayor parte de los ordenamientos de los países de nuestro entorno y tiene su justificación en la incongruencia que supone hacer responder al Estado, titular del *ius puniendi*, frente a sí misma. Señala también esta Circular que la interpretación teleológica de este precepto entendiéndose que la exclusión no afecta a las organizaciones en todo caso, sino exclusivamente en el marco de su actividad en el ejercicio de las funciones de soberanía o administrativas y en su consecuencia no puede considerarse excluida con carácter general la responsabilidad penal de los Colegios Profesionales y las demás Corporaciones de Derecho Público sino que habrá que efectuar una valoración jurídica casuística, postura que no comparte un sector de la doctrina. Por lo que respecta a las sociedades estatales, la misma Circular considera que no bastará con que cumplan el requisito de tener participación mayoritaria estatal, sino que deberán ejecutar políticas públicas o prestar servicios de interés económico general, por lo que de nuevo habrá que atender al supuesto concreto para concluir si se consideran sujetos excluidos o no. Finalmente, ante el olvido del legislador respecto de las sociedades autonómicas, provinciales y locales (el precepto sólo menciona las sociedades estatales), la misma Circular interpreta que deben considerarse

igualmente excluidas al entender que tanto la Comunidad Autónoma, como la Provincial y el Municipio forman parte del concepto Estado<sup>996</sup>.

#### **IV. LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO COMETIDO POR LAS PERSONAS JURÍDICAS**

##### **1. Introducción**

Las empresas constructoras o promotoras cuando en el tráfico jurídico actúen con la forma de personas jurídicas, serán responsables penalmente cuando los delitos sean cometidos en nombre de las mismas y en su provecho propio, por sus representantes legales o administradores de hecho o de derecho, o también sean cometido por los subordinados de los representante legales y se constate que la conducta punible se ha debido a que no se ha ejercido sobre ellos el debido control. Por ello, las empresas dedicadas a la actividades de la construcción que giran en el tráfico jurídico, en la forma de personas jurídicas, pueden ser penadas con multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.

Además de la pena de multa impuesta a estas entidades jurídicas, podrá tener otras consecuencias accesorias de conformidad con la remisión

---

<sup>996</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, “*Derecho Penal. Parte General*”, op. cit., pág.629.

que el artículo 319.4 hace a las reglas establecidas en el artículo 66 bis y 33.7 del Código Penal<sup>997</sup>.

Del análisis del artículo 31 bis del CP podemos extraer que serán responsables las personas jurídicas, y que al ser una norma penal en blanco, se debe acudir a la legislación extrapenal, como es el caso del artículo 116 del Código de Comercio, que contempla el contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna cosa, para obtener lucro, sea mercantil, o de cualquier otra clase, que una vez constituida tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos, o también remitiéndonos al artículo 35 del Código Civil que considera que son personas jurídicas, las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocida por la Ley; así como las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales a las que la ley conceda personalidad propia, independientemente de la de cada uno de los asociados.

Quedarán dentro del ámbito de aplicación del art. 31 bis del CP las sociedades anónimas, de responsabilidad limitadas, cooperativas, mutuas, clubes deportivos, organizaciones no gubernamentales, confesiones religiosas; estando excluidas las agrupaciones que carezcan de personalidad jurídica, como pueden ser las comunidades de bienes, comunidades de propietarios y las sociedades irregulares.

Con la reforma del CP a través del la LO 5/2010 el legislador ha querido responder claramente la punición de las personas jurídicas donde pueden intervenir. Para ello el artículo 31 bis del CP ha previsto un sistema

---

<sup>997</sup> Vid. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “*El impacto de la reforma de Código Penal, en relación a las personas jurídicas*”, op. cit., pág. 26.



*numerus clausus*<sup>998</sup> donde estas sociedades mercantiles pueden más fácilmente delinquir, y donde estas conductas delictivas han tenido en las últimas décadas gran trascendencia social y económica<sup>999</sup>.

Entre los delitos que el legislador ha querido imputar a las personas jurídicas se encuentran los delitos sobre la ordenación del territorio<sup>1000</sup> y el urbanismo, regulados en el apartado cuarto del art. 319 del CP. En estos tipos de delitos suele suceder que los responsables de la comisión de la conducta delictiva sean los administradores de empresas constructoras o promotoras que actúen de hecho o de derecho en sus funciones, o en su provecho, o que la acción punible sea cometida por los propios empleados que estén a las órdenes de los anteriores representantes legales, y que además se haya cometido por defecto de organización<sup>1001</sup> o falta de control<sup>1002</sup>, y al mismo tiempo sea realizado en el ejercicio de las actividades sociales, y por cuenta o provecho de la sociedad mercantil dedicada a la actividad económica de la construcción o promoción de las edificaciones.

Señala SÁNCHEZ ROBERT<sup>1003</sup>, que antes de la reforma sin embargo, ello no suponía la irresponsabilidad penal por los hechos en sí

---

<sup>998</sup> Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva.*”, op. cit., pág. 128.

<sup>999</sup> Vid. ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura, “*Bases para un modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 124.

<sup>1000</sup> Vid. DIAZ GÓMEZ, Andrés, “*El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*”, op. cit., pág. 7.

<sup>1001</sup> Vid. BACIGALUPO SAGESSE, Silvina, “*Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno*”, Diario La Ley núm. 7541, año 2011, pág. 4.

<sup>1002</sup> Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “*Penal 2011*”, op. cit., pág. 325.

<sup>1003</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*La persona jurídica en los delitos del artículo 319 del Código Penal*”, op. cit, pág. 228.

considerados, sino tan sólo la aplicación de los mecanismos de imputación subjetiva del artículo 31, en virtud del cual respondería penalmente y de forma personal el que actuare como administrador de hecho de la persona jurídica, independientemente de que fuese el promotor, constructor o técnico director si dicha persona jurídica se dedicara a la promoción o construcción. Existiría o podría existir, debido a esto, un contrasentido legal, ya que en estos delitos se podía castigar al particular dedicado a la construcción pero no a las empresas (respondiendo estas tan sólo en vía administrativa).

## **2. El dolo de las personas jurídicas en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo**

En los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo se contempla la comisión dolosa<sup>1004</sup> por las personas jurídicas, cuando media dolo directo o dolo eventual quedando impune la comisión imprudente<sup>1005</sup>, de conformidad con lo dispuesto en el art. 12 del CP: *“Las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley”*<sup>1006</sup>.

<sup>1004</sup> Vid. RODRIGUEZ RAMOS, Luís, *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas”*, op.cit., pág.9.

<sup>1005</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, *“Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”*, op. cit., pág. 240. Si no había impedimento dogmático alguno sobre la posible comisión imprudente del tipo del injusto del art. 319, la opción no penalizadora obedece al carácter de *última ratio* del Derecho penal y a la decisión político criminal de reservar este ámbito para las agresiones más graves, dejando las imprudentes para que sea sancionadas administrativamente.

<sup>1006</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *“Delitos urbanísticos”*, op. cit., pág. 198, no es posible castigar penalmente la realización de las conductas constructivas o edificatorias descritas en el art. 319 por imprudencia, lo que contrasta con la regulación de los delitos contra el medio ambiente y contra el patrimonio histórico, para los que se prevé expresamente la responsabilidad penal cuando los hechos son cometidos por imprudencia grave (art. 324 y 331).

En el dolo directo<sup>1007</sup> la sociedad mercantil constructora o promotora debe tener voluntad de querer llevar a cabo la ejecución de la urbanización, construcción o edificación, aceptando las consecuencias típicas inherentes a las conductas prohibidas<sup>1008</sup>. Para que exista dolo eventual la persona jurídica dedicada a la actividad de la construcción no debe perseguir con su conducta la realización del tipo penal, pero tiene conocimiento de la alta probabilidad de su ejecución. Sobre este extremo señala SÁNCHEZ ROBERT<sup>1009</sup> que en relación al art. 319 del CP, solamente son punibles las conductas que se haya producidos con dolo directo o eventual. El tipo se integra mediante el conocimiento de sus elementos, que para esa integración necesita de un elemento cognoscitivo y los elementos normativos que se encuentran en la Ley del Suelo, como por ejemplo la concreción de los términos “*no autorizable*”. El conocimiento no se traduce en que el promotor, constructor o técnico director, cuando realice la acción de urbanizar, construir o edificar, posean un conocimiento técnico exacto de todos y cada uno de los elementos que configuran el tipo legal, siendo suficiente un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de los elementos que integran el elemento objetivo<sup>1010</sup>.

---

<sup>1007</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, “*Delitos urbanísticos*”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 190, admite esta autora que en delito del artículo 319 del CP no existe ningún problema en admitir su realización con dolo directo o dolo de primer grado.

<sup>1008</sup> Vid. RODRIGUEZ RAMOS, Luís, “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, op. cit., pág. 9. Por mucho que se fuerce el molde antropomórfico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no es posible concebir su comportamiento omisivo doloso, es decir, con conocimiento previo o coetáneo de los hechos y con voluntad o aceptación de que se realicen, abstracción hecha del conocimiento y voluntad atribuible a la persona física autora material de los hechos.

<sup>1009</sup> Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*La persona jurídica en los delitos del artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág. 230.

<sup>1010</sup> Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*idem*”, op. cit., pág. 234.

Para la existencia de dolo directo por parte de la persona jurídica, es preciso el objeto de llevar a cabo una construcción lo será para obtener un beneficio económico, y que exista un conocimiento exacto por parte de la entidad jurídica de las cualidades típicas de la clasificación del suelo.

### **3. El estado de necesidad en las personas jurídicas**

El estado de necesidad supone la vulneración del interés jurídicamente protegido ante una situación de peligro actual de los intereses propios, cuando no existe otro remedio tutelado por el derecho. Existe estado de necesidad ante un acuciante conflicto entre dos bienes jurídicos que requieren de modo inevitable para su resolución la lesión o puesta en peligro de unos de los bienes tutelados, siendo imposible recurrir a otros medios para remediar la situación de la persona jurídica, y que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

En nuestro juicio es muy complicado justificar el estado de necesidad de las personas jurídicas que se dediquen a la actividad económica de la construcción cuando sean imputadas por un delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, toda vez que estas sociedades mercantiles lo que persiguen en sus actividades es el ánimo de lucro<sup>1011</sup>. En este sentido estamos de acuerdo con SÁNCHEZ ROBERT,<sup>1012</sup> cuando señala que en

---

<sup>1011</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación de territorio*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 1098.

<sup>1012</sup> Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*La persona jurídica en los delitos del artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág. 234, para esta autora en relación a lo declarado en la Sentencia del Tribunal Italiano de Casación de 30 de noviembre de 1983, que no puede invocar el estado de necesidad, el constructor abusivo que realiza la acción típica para fines sociales y de mercado relativos a los dependientes de su negocios: por el contrario este grave daño es remediable en el ámbito de las leyes sociales y administrativas tolerantes de la eficacia de la producción industrial y la ocupación de los

relación a las causas de exclusión de la antijuricidad de las personas jurídicas, no sería real pensar en la posibilidad de la aplicación del estado de necesidad en la realización de una edificación forzosamente necesaria o miserable para la aplicación de esta eximente, que tan sólo podrían considerarse como supuesto problemático a este respecto, aquellos en los cuales con la realización de la conducta antijurídica se pretende evitar la pérdida de la capacidad de la empresa, o el puesto de trabajo individual. Sobre este asunto la jurisprudencia ha señalado que la situación de desempleo<sup>1013</sup> por sí sola, no es suficiente para justificar la eximente del estado de necesidad. En parecidos términos se pronuncia GÓRRIZ ROYO<sup>1014</sup>, en referencia a las pérdidas económicas de la empresa, que en estos casos, cabe delimitar un conflicto de intereses entre el uso racional del suelo y el interés del empresario - ya sea constructor o promotor, persona física o jurídica-, en preservar la producción de la empresa o la continuidad en activo de la misma y además, mediatamente, los puestos de trabajo.

Sobre el estado de necesidad, nuestra jurisprudencia<sup>1015</sup> tiene declarado que esta eximente requiere un estado de necesidad apremiante, urgente e inaplazable, que obligue al agente para evitar el mal que le amenaza, a acudir a la infracción jurídica como única medida posible, y que los simples estados de penuria o agobio económico, no pueden constituir la causa exculpatoria reseñada, ya sea completa o incompleta si

---

obreros. Siendo prácticamente impensable que se pueda dar la eximente del estado de necesidad, con carácter general, en estos delitos, y especialmente cuando el responsable sea una persona jurídica.

<sup>1013</sup> Vid. SSTS de 27 de noviembre de 1989 y 6 de noviembre de 1990.

<sup>1014</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación de territorio*”, op. cit., pág. 1098.

<sup>1015</sup> STS (Sala de lo Penal) 9 de julio de 1990, RJ 1990\6278.

no van acompañada de la demostración notoria de cuál sea el daño propio que se trate de conjurar, y de que se carece de todo medio legítimo para defenderse del mismo. Para algunos autores el art. 31 bis del CP no prevé eximentes propias de la persona jurídica porque el sistema español establece su responsabilidad a través de la de las personas físicas que actúan vinculadas a ella<sup>1016</sup>.

#### **4. El error de tipo invocado por las personas jurídicas**

El error de tipo como se ha comentado anteriormente está regulado en nuestro texto punitivo en el art. 14.1, cuando establece que el error invencible<sup>1017</sup> sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal: Pero si el error, atendida las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada en su caso como imprudente.

Para que las personas jurídicas puedan invocar el error de tipo en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, el mismo debe recaer sobre un elemento normativo del art. 319. 1 y 2, como por ejemplo la ausencia de licencia administrativa o el desconocimiento de la clasificación del suelo.

La empresa constructora o promotora al invocar el error de tipo sobre la ausencia de licencia, debe desconocer la obligación de tener que solicitar

---

<sup>1016</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCIA ARÁN, Mercedes, “*Derecho Penal. Parte General*”, op.cit., pág. 632.

<sup>1017</sup> MIR PUIG, Santiago, “*Derecho penal Parte General*”, Receptor, Barcelona 2006, pág. 415.

la autorización administrativa para llevar a cabo la ejecución de las obras de urbanización, construcción y urbanización, porque crea que no es necesaria o porque, aun conociendo esa obligación atendiendo a la naturaleza del suelo, no es necesaria.

Para la aplicación de la eximente el Juez debe valorar todas las circunstancias que concurren en el supuesto concreto<sup>1018</sup>, y considerar la condición de cualquier persona media perteneciente al entorno socio-cultural de la persona jurídica, así como las posibilidades con que cuenta la empresa constructora o promotora para informarse y asesorarse. Además, no es posible la invocación del error de tipo, si la ilicitud de la conducta es evidente para cualquier persona sin conocimientos jurídicos básicos, o si existe evidencia pública y notoria de que los hechos ilícitos son constitutivos de delitos<sup>1019</sup>.

## **5. La pena como consecuencia del delito sobre la ordenación del territorio por personas jurídicas (art. 319.4)**

La reforma del Código Penal de 1995 por la LO 5/2010<sup>1020</sup> ha incluido un cuarto apartado al art. 319<sup>1021</sup> estableciendo la de posibilidad

---

<sup>1018</sup> SAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 563/2011 de 5 de diciembre.

<sup>1019</sup> STS de 29 de septiembre de 1999.

<sup>1020</sup> POZUELO PÉREZ, Laura, *“Derecho penal de la Construcción”*, Editorial Comares, Granada, 2012, pág. 81. Para esa autora, la responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos contra la ordenación del territorio (art. 319.4 CP), constituye una de las principales reformas introducidas en el CP por la LO 5/2010. Vid. también. CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro, *“El delito contra la ordenación del territorio tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal”*, op. cit., pág. 74.

<sup>1021</sup> SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SERRANO, MÁILLO, Alfonso/SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *“Curso de Derecho Penal. Parte Especial”*, Editorial Dykinson, Madrid, 2012, pág. 454.

que el sujeto activo del delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo pueda ser una persona jurídica al disponer que *en los supuestos previsto en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en la letra b) a g) del apartado 7 del artículo 33*<sup>1022</sup>.

Con esta reforma<sup>1023</sup> lo que se trata es de reforzar la punición de determinados delitos que pueden cometerse en el seno de organizaciones societarias, entre los que se incluyen los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, añadiendo a la responsabilidad de sus administradores legales o representantes la de la persona jurídica, y previendo la posibilidad de que ésta reduzca su responsabilidad si colabora con la justicia<sup>1024</sup>. Señala ACALE SÁNCHEZ<sup>1025</sup>, en referencia a las penas a imponer a las personas jurídicas, que aunque no se señale de forma

<sup>1022</sup> Vid. DE LA MATA BARRANCO, Noberto, J. “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva.*”, op. cit., pág. 63. Para este autor llama la atención la dualidad de multas, por cuotas o proporcional, que prevé el artículo 319.4, relativo a los delitos de construcción ilegal, innecesaria.

<sup>1023</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*La persona jurídica en los delitos del artículo 319 del Código Penal*”, op.cit., pág. 240. Con el establecimiento de estas penas, como es lógico, se pretende que las personas jurídicas no vuelvan a delinquir. Ello se refleja, asimismo, en las reglas de determinación de la pena que se han incorporado a raíz del artículo 66 bis, con remisión expresa a algunas de las establecidas en el artículo 66 del Código Penal.

<sup>1024</sup> LOZANO CUTANDA, Blanca, “*Delitos contra la ordenación del territorio y prevaricación urbanística*”, Diario La Ley, núm. 7534, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2010, año XXXI, Editorial LA LEY, Madrid.

<sup>1025</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit., pág. 274-275.



expresa, no cabe duda de que se trata de un conjunto de penas que tiene una clara finalidad preventivo especial, como de forma expresa señalaba el art. 129.3, hoy derogado por la LO 5/2010 (“las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la mismas”): con ellas se pretende alcanzar el fin de que las personas jurídicas no vuelvan a cometer delitos.

Las empresas constructoras o promotoras, cuando actúen en el tráfico jurídico en forma de personas jurídicas, a tenor de lo establecido en el art. 319., si se consideran responsables penalmente por la comisión de un delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, se les impondrán una pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del doble<sup>1026</sup> al cuádruple del montante de dicho beneficio<sup>1027</sup>. Además de la pena de multa impuesta a estas empresas constructoras, o promotoras, podrá tener otras consecuencias accesorias, de conformidad con la remisión que el artículo 319. 4 *in fine* hace a las reglas establecidas en los artículos 33.7 y 66 bis del CP, como pueden ser la disolución<sup>1028</sup> de la persona jurídica con pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar del cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita; suspensión de sus

---

<sup>1026</sup> Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Juan J. “*Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo. Derecho penal español. Parte especial*”, Atelier, Barcelona, 2010, pág. 1094.

<sup>1027</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “*La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*”, op. cit. pág. 279.

<sup>1028</sup> Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva.*”, op. cit. pág. 74. La pena de disolución debe de reservarse para supuestos en los que no existan intereses preponderantes que se opongan a ello, como, por ejemplo, laborales (que tiene, por cierto, una más intensa protección constitucional). Una economía social de mercado entiende que en la empresa concurren intereses supraindividuales como los de los trabajadores, que no pueden ser sacrificados por el delito de la empresa o su administrador.

actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, pudiendo ser esta prohibición temporal o definitiva, que si fuese temporal, no podrá exceder de quince años; inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; e intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que tampoco podrá exceder de cinco años<sup>1029</sup>.

---

<sup>1029</sup> Vid. NIETO MARTÍN, Adán, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pág. 104. El sistema sancionador elegido debe además evitar causar daños colaterales: a saber, poner en peligro puesto de trabajo y la continuidad de la empresa, lesionar excesivamente las expectativas de los accionistas etc.

## CAPITULO VII

### CONCURSO DE LEYES Y DE DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO

#### I. INTRODUCCIÓN

Si difícil es solucionar el problema en la determinación de la pena, todavía se complica más cuando la aplicación a imponer a un sujeto proviene de la conducta criminal de más de un delito. De ahí que nuestro texto punitivo disponga en su artículo 77 que al culpable de dos o más delitos o faltas se le imponga todas las penas correspondientes a las distintas infracciones, para su cumplimiento simultáneo si fuera posible. Por ello ante la imposibilidad de cumplir dos penas privativas de libertad simultáneamente, se hace preciso cumplir primero la más grave y luego las menos grave, de conformidad con lo que establece el artículo 75 del CP.

En nuestro texto punitivo podemos determinar la concurrencia de varias leyes reguladoras de un mismo comportamiento delictivo que puede ser subsumido en varios tipos legales de delitos, el cual establece un concurso de leyes previstos en el artículo 8 del CP<sup>1030</sup>, que se basan en

---

<sup>1030</sup> ORTS BERENGUER, Enrique/ GONZÁLEZ CUSSAC, José L. “*Compendio de Derecho Penal. Parte General*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 108. Para estos dos autores, el conflicto del que nos ocupamos aquí es de índole valorativa y se produce cuando varias leyes –del mismo rango y ambas coetáneas en la vigencias-, con unos u otros matices, se contiene un juicio negativo sobre un mismo hecho; de suerte que cuando alguien ejecuta una conducta y ocasiona un resultado que, en principio,

criterios normativos que determinan la prioridad de aplicación de una ley sobre las demás concurrentes, así mismo también se puede regular, cuando la conducta criminal de un sujeto infringe una pluralidad de normas penales, que configuran un sistema normativo sancionador del concurso de delitos que se regulan en los artículos 73 a 79 del CP. En esta línea se mueve POLAINO NAVARRETE<sup>1031</sup> al señalar que en el concurso de leyes se prevén determinados principios normativos para la selección del que atienda más adecuadamente al tipo legal concretado y al bien jurídico lesionado, y en el concurso de delitos, se determinan los marcos de exasperación punitiva en la hipótesis de concurso de delito (ideal, real) y otras figuras afines (delito continuado, delito masa). Existirá también concurso de delito cuando un mismo sujeto ha violado varias veces la Ley penal, debiendo responder, por ello, de varios delitos si concurren los presupuestos de pluralidad de infracciones; unidad o pluralidad de objeto valorado por ellas, que da lugar a las dos formas de concurso: ideal o formal (un único hecho o acción delictiva), y real o material (varios hechos o acciones delictiva); unidad del sujeto y unidad de enjuiciamiento.

En este capítulo nos detendremos en analizar la problemática existente en los concursos de leyes y de delitos, en relación a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Considerándose el concurso de leyes cuando la conducta delictiva puede ser incardinada en varias disposiciones que en un principio son aparentemente todas aplicables, aunque una sola de ellas contempla por completo el desvalor

---

realizan el referido hecho, parece que todas aquellas leyes pueden serle aplicadas; parece porque corresponden aplicar solamente una, pues con una queda saldado el completo desvalor del mismo.

<sup>1031</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, *“Lecciones de Derecho Penal parte general”*, Tomo II, editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A), Madrid, 2013, pág. 251.

desplazando a las demás. Sin embargo, existirá concurso de delito cuando una o varias conductas punibles violen simultáneamente más de un precepto penal. En los delitos contenidos en el artículo 319 del CP, se puede apreciar concurso con otras figuras delictivas como pueden ser el tráfico de influencias, cohecho, maquinaciones para alterar el precio de las cosas, malversación de caudales públicos, y delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.

Si ante una determinada conducta punible, su total significación antijurídica queda cubierta mediante la aplicación de una sola norma penal, nos encontraremos ante un concurso de normas; pero si es necesario acudir conjuntamente a las dos para abarcar la total ilicitud de hecho, estaremos ante un concurso de delitos<sup>1032</sup>. Además si la aplicación de una norma cubre la totalidad de la significación antijurídica del hecho, nos encontramos ante un concurso de normas; si para abarcar toda esa significación antijurídica es preciso acudir al castigo conforme a las dos leyes en juego, estamos ante un concurso de delitos, real o ideal, según las características de cada hecho.<sup>1033</sup>

## **II. EL CONCURSO DE LEYES EN LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO**

Como antes se ha hecho mención existirá concurso de leyes cuando la acción delictiva, aunque constituya un solo delito, puede integrarse en varias leyes penales, pero sólo una de ellas absorbe por completo el

---

<sup>1032</sup> SSTS de 29 de junio y 6 de julio de 2004.

<sup>1033</sup> STS (Sala 2ª) 875/2004 de 29 de junio.

desvalor del ilícito penal<sup>1034</sup> y presupone la realización de un solo hecho (excepcionalmente, de varios), cuyo total desvalor resulta contemplado en un solo precepto; de modo que por más que en apariencia, varios puedan serle aplicables, únicamente uno debe ser tomado en consideración, pues la aplicación de sus consecuencias da respuesta plena a la lesión inferida al bien jurídico por el precitado hecho<sup>1035</sup>. En este sentido señala MOLINA FERNÁNDEZ<sup>1036</sup> que no se trata como a veces se apunta, de un concurso “*aparente*” de normas. Tanto la norma que finalmente prevalece como la desplazada son, en realidad aplicables, pero no conjuntamente. Es conveniente no olvidarlo porque la norma desplazada puede, eventualmente, volver a la vida si no puede aplicarse la principal (por ejemplo, por error de sujeto, por indulto, por derogación, etc.).

En el concurso de leyes rige la hipótesis de que una conducta criminal es en un principio incardinada en varias normas penales, toda vez que constan en las mismas todos los elementos típicos de incriminación, debiéndose de optar por tan sólo una norma. De ahí, que sólo queda apreciar la violación de la norma prevalente, desechando todas las demás leyes concurrentes<sup>1037</sup>.

---

<sup>1034</sup> Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*”, Editorial de la Universidad de Granada, 2012, pág. 283. La construcción no autorizable en suelo no urbanizable absorbe la edificación no autorizable en el suelo de dominio público. Este caso sería el de las servidumbres de protección, y el caso de las influencias de dominio marítimo.

<sup>1035</sup> Vid. ORTS BERENGUER, Enrique/ GONZÁLEZ CUSSAC, José L., “*Compendio de derecho penal. Parte general*”, op. cit., pág.108.

<sup>1036</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “*Concurso de leyes y delitos*”, Mementos prácticos Francis Lefebvre, Penal 2011, Madrid, 2010, pág. 330.

<sup>1037</sup> Vid. DELGADO GARCÍA, Joaquín, “*Los concursos en el Derecho Penal*”, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-38, Tomo 1, Editorial La Ley.

En un principio la aplicación del concurso de leyes parece tarea fácil cuando en realidad en muchos supuestos se puede complicar<sup>1038</sup>, por ello se hace necesario para determinar qué delito es el aplicable, acudir al artículo 8 del CP<sup>1039</sup>. Este precepto penal establece cuatro criterios que el legislador ha consagrado con el objeto de delimitar el concurso de leyes<sup>1040</sup>:

- a) Principio de especialidad (art. 8.1 CP, *lex specialis derogat legi generali*): Se dice que este principio soluciona la problemática del concurso de leyes, dado que entre dos normas existe relación de especialidad cuando una de ellas, la ley especial, aglutina todas las características de otra ley, llamada ley general que añade alguna específica. La ley especial desplaza a la general toda vez que se aplicará con preferencia a la general. La ley especial prevalece sobre la general, pues la ley que contempla más detalladamente, que recoge de forma más acabada, más específica y precisa el supuesto de hecho, ha de aplicarse con preferencia a la que lo contempla de forma más genérica<sup>1041</sup>. Si se comete alguna de las conductas delictivas tipificadas en el artículo 319 CP, previa a la comisión de un delito del artículo 320 CP, se puede apreciar un concurso de normas entre éste precepto (prevaricación especial) y el del artículo 404 CP (prevaricación

<sup>1038</sup> STS núm. 1182 de 29 de noviembre de 2006. El bien jurídico protegido en el artículo 319 del CP, es el medio ambiente, y en su consecuencia admite un concurso de normas entre este precepto y el artículo 325 del CP, debiéndose aplicar este último por ser el que mayor pena dispone.

<sup>1039</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco/ LOPEZ PEREGRÍN, Carmen/ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “Manual de Derecho penal medioambiental”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 220.

<sup>1040</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Parte General del Derecho Penal”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 765 a 767.

<sup>1041</sup> Vid. ORTS BERENGUER, Enrique/ GONZÁLEZ CUSSAC, José L., “Compendio de Derecho Penal. Parte General”, op. cit., pág.110.

genérica), debiéndose acudir a la regla del artículo 8.1 del CP. Esta opinión está fundamentada por SÁNCHEZ ROBERT<sup>1042</sup>, en los siguientes términos: en los casos en que se cometan delitos del artículo 319 a consecuencia de la previa comisión de los delitos del artículo 320, dicho precepto será en este caso ley preferente frente a otras posibles interpretaciones, ya que la ley allí prevista contempla en su totalidad el doble desvalor del resultado que manifiestan las conductas aquí enjuiciadas.

- b) Principio de subsidiariedad (art. 8.2 CP, *lex primaria derogat legi subsidiariae*): Este principio consiste que cuando existe una ley (ley subsidiaria) solamente se aplicará cuando no hay otra (ley principal). El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible; valga como ejemplo, la pena de la tentativa de delito que es subsidiaria respecto del castigo del delito consumado. Señala CUELLO CONTRERAS<sup>1043</sup>, que hay subsidiariedad tácita en la relación entre el delito doloso y el imprudente, es subsidiario ésta respecto de aquel (art. 138 y 142). Existirá relación de subsidiariedad entre las formas de participación (art. 28.a y 29 del CP y la forma de autoría del art. 28, párrafo primero, como es el supuesto de que alguien induzca a una persona a cometer un delito del art. 319 CP, pero resulta que luego él mismo construye en un suelo no urbanizable de especial protección respondiendo, no como inductor, sino como autor; o

---

<sup>1042</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal”, op. cit., pág. 284. Vid. STS 29 de noviembre de 2009.

<sup>1043</sup> CUELLO CONTRERA, Joaquín, “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid 1978, pág. 35.



como también en los casos que un individuo induce a otro en la edificación ilegal en suelo de dominio público sin autorización y luego coopera, pues sólo responderá como inductor.

- c) Principio de consunción (art. 8.3 CP, *lex consumens derogat legi consumptae*): El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél o cuando el contenido de desvalor de una norma, llamada ley consumida, está recogido en otra norma más amplia, llamada ley que consume<sup>1044</sup>.
- d) Principio de alternatividad<sup>1045</sup> o gravedad<sup>1046</sup> (art. 8.4 CP,): La regla 4ª del art.8 CP establece que, en caso de que, para la calificación de un hecho, entren en concurso dos o más preceptos penales, y no resulten aplicables ni las normas relativas al concurso de delitos (arts.73 a 77 CP), ni las reglas conocidas como de especialidad, subsidiariedad y consunción, el precepto

---

<sup>1044</sup> Vid. MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “La protección jurídico penal de los espacios protegidos”, Revista General del Derecho Penal 15 (2011), pág. 23. Al quedar condicionada la relevancia típica de la construcción a la afectación de los valores referidos, que pueden determinar la calificación de una zona como espacio natural protegido, la relación con el artículo 30 del Código Penal es un concurso aparente de normas penales, que habrá de resolverse conforme al “principio de consunción” que establece la regla 3ª del artículo 8 de Código Penal, en cuya virtud: “El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél”.

<sup>1045</sup> Vid. OBREGÓN GARCÍA, Antonio, “Los llamados concursos de leyes en relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4ª del artículo 8º del Código Penal”, ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, núm. 74, mayo-agosto de 2008, pág. 64-85.

<sup>1046</sup> Artículo 78.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1.b) del artículo 77”.

penal más grave excluirá los preceptos que castiguen el hecho con pena menor<sup>1047</sup>.

En teoría este principio se puede dar cuando existe más de una norma que agote íntegramente el contenido de desvalor del hecho. Sobre este principio se pronuncia nuestra jurisprudencia<sup>1048</sup> en relación con la apropiación indebida del artículo 252 del CP y la administración desleal del artículo 295 del CP, al declarar que estos tipos penales están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan, debiéndose este concurso de normas resolverse de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.4 del CP. Existirá también alternatividad entre la falsedad en documento privado y estafa<sup>1049</sup>, o entre un robo con fuerza y un robo con violencia<sup>1050</sup>.

Estos criterios normativos para determinar la prioridad de la norma que por ser prevalente resulta aplicable, deberá de efectuarse con rigor valorativo y sistemático con el objeto de seleccionar la norma que es prevalente sobre todas las demás que hayan de entenderse quebrantadas por una conducta delictiva<sup>1051</sup>.

---

<sup>1047</sup> OBREGÓN GARCÍA, Antonio, “*Los llamados concursos de leyes en relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4ª del artículo 8º del Código Penal*”, op.cit., pág.64-85.

<sup>1048</sup> STS de 15 de diciembre de 2000.

<sup>1049</sup> STS de 24 de mayo de 2002.

<sup>1050</sup> STS de 12 de mayo de 2000.

<sup>1051</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*Lecciones de Derecho Penal Parte General*”, Tomo II, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2013, pág. 252.

Sostienen BOIX REIG/ JUANATEY DORADO<sup>1052</sup> que es posible que el delito de construcción no autorizada en un suelo no urbanizable de especial protección entre en concurso con el delito de edificación no autorizable en el suelo no urbanizable, cuando se realice una edificación no autorizada y además no autorizable, concurso que se resuelve como un concurso aparente de leyes en el que sería ley preferente el apartado segundo que se trata de la interpretación que más beneficia al reo. En sentido contrario se manifiestan otros autores, al considerar, dado que la solución vendría de la mano del principio de alternatividad, consagrado expresamente en el Código Penal de 1995 en el artículo 8.4<sup>1053</sup>. Sobre este respecto declara GÓRRIZ ROYO<sup>1054</sup>, que únicamente procede ahora reiterar el rechazo a admitir la existencia de una relación de especialidad o subsidiariedad entre los delitos del apartado primero y segundo del artículo 319 porque ambos preceptos contienen tipos autónomos. Estamos con la opinión de esta autora cuando señala que en los casos en que se lleve a cabo una construcción no autorizada pero legalizable (que absorbe a la edificación no autorizable), en un suelo que manifiesta tanto un valor ecológico como de riqueza natural, el concurso aparente de normas quedaría resuelto, por la regla de *consunción impropia* prevista en el art. 8.4 del CP, y en su consecuencia, apelando al criterio de la norma que

---

<sup>1052</sup> BOIX REIG, J./JUANATEY DORADO, C, “*Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección de patrimonio histórico y del medio ambiente*”, Comentario al Código Penal de 1995, coord., VIVES ANTÓN, T., Volumen II, Valencia 1996, pág. 1580. En igual sentido se manifiesta SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág. 284.

<sup>1053</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “*Delitos Urbanísticos*”, CEDES Derecho Penal, Centro de Estudios de Derecho, Económica y Ciencias Sociales, Barcelona, 1997, pág. 334-335. Vid. también, TERRADILLOS BASOCO, J.M. “*Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*”, Ponencia el Nuevo Código Penal español de 1995, Centro Mediterráneo de la Universidad de Granada, Almuñécar, 12 de septiembre de 1996, pág. 7.

<sup>1054</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op. cit., pág. 1172.

castiga de forma más grave el desvalor de la conducta, quedaría desplazado el apartado segundo por contener una norma más benigna, y se aplicaría la norma prevista en el apartado primero del artículo 319 del CP. Sin embargo, como señala ACALE SÁNCHEZ<sup>1055</sup>, sería posible la relación concursal entre los apartados primero y segundo del artículo 319 cuando la construcción no autorizada (que absorbe a la edificación no autorizable) se lleve a cabo en un suelo no urbanizable no declarado de especial protección pero que pertenezca al dominio público. Sobre este respecto señala DE LA CUESTA AGUADO<sup>1056</sup>, que la unificación terminológica entre los párrafos 1º y 2º del artículo 319 CP operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, incrementa un problema preexistente: el de la relación entre ambos párrafos. Cuando la conducta pueda ser integrada en cualquiera de los párrafos del artículo 319 en base al principio de alternatividad recogido en el artículo 8.4, será de aplicación preferente el primer párrafo.

Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo pueden entrar en concurso de delito con las prevaricaciones tanto del artículo 320 del CP (prevaricaciones específicas) como con la prevaricación del artículo 404 del CP (prevaricaciones genéricas). Para que pueda prosperar este concurso es necesario que para llevar a cabo estos delitos, haya existido acuerdo previo entre el funcionario que informa cometiendo la conducta

---

<sup>1055</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “*Delitos Urbanísticos*”, op. cit., pág. 335.

<sup>1056</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz, “*Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, en *Derecho Penal español, Parte Especial*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 980.

prevista en el artículo 320.1 del CP, y un particular o funcionario que vota o acuerda conceder la licencia municipal ilegal<sup>1057</sup>.

Señala GÓRRIZ ROYO que la creación autónoma de los delitos previstos en el artículo 320 del CP, especialmente el contemplado en el apartado segundo, y su naturaleza de prevaricación específica, los convierte en títulos de imputación preferente con respecto al delito del artículo 404 del CP, y ello porque las prevaricaciones urbanísticas incorporan un plus de lesividad al entrañar una ofensa contra el bien jurídico ordenación del territorio, y no sólo contra el interés en el correcto funcionamiento de la función pública como servicio que se presta a los ciudadanos. Por ello esta autora, considera que en un principio, sea viable la apreciación de un concurso aparente de normas entre la prevaricación genérica del artículo 404 del CP, y las específicas de los artículos 320, 322 y 329 del CP, que resultarían preferentes y aplicables en atención al principio de especialidad prevista en el artículo 8.1 del CP<sup>1058</sup>. A este respecto manifiesta GÓMEZ RIVERO<sup>1059</sup>, que la relación concursal entre la clausula contemplada entre los artículos 320, 322 y 329 del CP deben de discurrir por las reglas del concurso de leyes no de delito, toda vez que el contenido de injusto que vienen respectivamente a castigar se solapan parcialmente, pues de apreciar

---

<sup>1057</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág. 284. Vid, también, ACALE SÁNCHEZ, María, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 343.

<sup>1058</sup> AAP de Castellón de 31 de julio de 1999. En esta resolución judicial se admite la existencia de un concurso de norma entre el delito contenido en el artículo 404 del CP y las prevaricaciones específicas que son de aplicación preferente.

<sup>1059</sup> GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, “*El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*”, (Especial referencia a la responsabilidad del funcionario concedente), Editorial Tecno, Madrid, 1971, págs. 100-101.

un concurso de delitos supondría incriminar dos veces un mismo contenido de desvalor, por lo que a dicho injusto se refiere.

Siguiendo a GÓRRIZ ROYO en nuestra opinión las relaciones concursales que nos podemos encontrar en relación con los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo y las dos clases de prevaricaciones, la específica del 320 del CP y la genérica del 404 del CP, son las siguientes:

- a) Se desplazaría el delito de prevaricación genérica del artículo 404 del CP apreciándose un concurso de norma, con imposición a la autoridad o funcionario de un delito previsto en el artículo 320 del CP, y al particular como autor de un delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo establecido en el artículo 319 del CP.
- b) Considerándose el funcionario que informa la concesión de una licencia municipal de obra ilegal como cooperador necesario en alguno de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo previsto en el artículo 319 y cometido por un promotor o constructor particular en concurso ideal en relación con el delito de prevaricación del artículo 404 CP<sup>1060</sup>.

La diferencia entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos estriba en que el primero se origina cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria puede ser subsumido en dos o más distintos tipos o

---

<sup>1060</sup> SOUTO GARCÍA, Eva María, “Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial”, Revista de Derecho Penal y Criminología, volumen XXXII, NÚM. 92, enero-junio 2011, págs. 141 y ss. Antes de la reforma de 2010, en la doctrina se planteaba un problema en relación con la modalidad “resolver”, que surgía cuando la conducta del funcionario público que resolvía podía ser considerada también como una cooperación necesaria en un delito del artículo 319. En efecto situados en tal hipótesis, si no existiese el delito del artículo 320, el funcionario respondería, además de por el delito de prevaricación del artículo 404, como cooperador necesario en el artículo 319 cometido por particular.

preceptos penales, de los cuales sólo uno resulta aplicable, so pena de quebrantar el tradicional principio del *non bis in ídem*<sup>1061</sup>. Distinto es el caso del concurso ideal de delitos, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables.

Entre uno y otro supuestos existe una diferencia esencial u ontológica que radica en que en el concurso de normas, el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuridicidad del hecho, se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del *non bis in ídem*. En cambio, en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado.

En relación a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo del artículo 319, y los delitos contra el medio ambiente del artículo 325 del CP<sup>1062</sup>, existen discrepancias entre doctrina y jurisprudencia, pues mientras el Tribunal Supremo declara que entre estos dos preceptos existirá un concurso de normas debiéndose aplicar la pena

---

<sup>1061</sup> OBREGÓN GARCÍA, Antonio, “Los llamados concursos de leyes en relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4ª del artículo 8º del Código Penal”, op. cit., pág. 70-85.

<sup>1062</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal”, op. cit., pág. 291.

del delito contra el medio ambiente al ser el que mayor pena conlleva. Sin embargo para algunos autores existen en relación a estos dos artículos un concurso real y no de normas, toda vez que son distintas acciones, dado que construir, excavar, aterrizar, depositar, producen distintos resultados típicos; la lesión al medio ambiente y la puesta en peligro de los sistemas naturales<sup>1063</sup>. En este sentido señala MUÑOZ CONDE, que habrá de apreciarse el correspondiente concurso de delitos, pues de lo contrario resultaría cuando menos paradójico que sólo se aplicase el artículo 319 del CP, y con él una pena de prisión máxima de hasta cuatro años, frente a la pena de prisión de hasta cinco contemplada en el artículo 325, por el sólo hecho de que el medio comisivo del atentado al medio ambiente fuese a su vez la infracción de la normativa relativa a la ordenación del territorio<sup>1064</sup>. En parecidos términos se manifiesta SÁNCHEZ DOMINGO<sup>1065</sup>, al señalar que la relación concursal entre los artículos 319 y 325 del CP se produce en aquellos casos en los que como consecuencia de la conducta de extracción, excavación o aterramiento en uno de los suelos sobre los que recae la conducta prohibida del artículo 319 del CP se pone en grave peligro el equilibrio de los sistemas naturales, y ello porque el inicio de la conducta de excavación ya es constitutiva de un inicio de la acción de construir, por lo que se producen con la misma acción dos tipos delictivos diferentes<sup>1066</sup>.

---

<sup>1063</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op.cit., pág. 268.

<sup>1064</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, “Derecho Penal. Parte Especial”, op. cit., pág. 575.

<sup>1065</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, “Delitos urbanísticos”, op. cit., pág.234.

<sup>1066</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUÍS, José Antonio / FARRÉ DÍAZ, Esteban, “Los delitos relativos a la ordenación del territorio”, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, pág. 131.



Sin embargo para BOLDOVA PASAMAR<sup>1067</sup>, existirá concurso de leyes a resolver por el principio de alternatividad del artículo 8.4 del CP, la edificación en suelo no urbanizable y la construcción en los lugares especialmente protegidos del art. 319.1 CP. En el mismo sentido DE LA CUESTA AGUADO<sup>1068</sup> considera que cuando una conducta es típica a efectos del artículo 319 CP también lo es en base a los artículos 321 CP ó 325 CP, y se debe acudir a un concurso de normas a resolver conforme al artículo 8.4 CP, cuando la razón de su inclusión en el artículo 319 CP sea que afecta a valores ecológicos (cuando se realiza sobre suelos que tengan reconocido legal o administrativamente valor paisajístico o ecológico) o al patrimonio histórico-artístico (cuando afecte a suelos que tengan reconocido su valor histórico, artístico o cultural).

Nuestro Alto Tribunal, en su Sentencia 1182/2006, 29 de noviembre tiene declarado que *“si la conducta consistente en construir sin autorización configura el delito contra la ordenación del territorio del art. 319.1, es porque esa actividad constructora se realiza en una zona de valor ecológico y considerada de especial protección precisamente por ese valor ecológico que la norma quiere preservar. Y desde luego, ese mismo bien jurídico es el que tutela el art. 325 en su vertiente de proteger el equilibrio de los sistemas naturales, cuya significación ecológica no admite duda.*

*Al sancionar separadamente ambos delitos, se ha producido una vulneración del principio non bis in idem que debe ser reparada en esa*

---

<sup>1067</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Los delitos urbanísticos”, op. cit., pág. 290. Vid. también, SÁNCHEZ ROBERT, María José, “Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal”, op. cit., pág. 292.

<sup>1068</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz, “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, en Derecho Penal Español, Parte Especial, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 980.

*instancia, casándose la sentencia impugnada en este extremo y declarándose en la segunda que dictemos que la actuación del acusado constituye un supuesto de concurso de delitos que debe resolverse con arreglo al art. 8.4 C.P ., de manera que los hechos serán castigados con arreglo al art. 325 por ser el tipo más grave, excluyéndose el 319, sancionado con menor pena”.* Opina DÍAZ MANZANERA<sup>1069</sup>, en referencia a esta sentencia que se da un concurso de normas y no un concurso ideal de delitos, cuando estemos ante el delito del 319.1 junto con el 325 del CP, pues si bien en ambos tipos de concursos estamos ante un hecho que puede ser subsumido en dos o más preceptos penales, en el primer concurso de leyes o de normas (art. 8.4 CP) el hecho es único en su vertiente natural y jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico protegido (en el presente supuesto sería la protección del medio ambiente), mientras que en el concurso ideal de delitos (art. 77 CP) se lesionaban bienes jurídicos distintos.

Con respecto a la prevaricación urbanística existirá concurso de leyes entre la autoría del delito del artículo 320.1 del CP y la participación en el delito del artículo 320.2 del CP, resolviéndose el problema concursal acudiendo al principio *lex primaria derogat legi subsidiariae* del art. 8.2 el CP. Sin embargo para PAREDES CASTAÑÓN<sup>1070</sup>, la relación entre los dos tipos del 319 del CP será como de subsidiariedad en la que el precepto principal es el delito de apartado primero siendo subsidiario el del apartado segundo.

---

<sup>1069</sup> DÍAZ MANZANERA, José Luís, “*El delito urbanístico en la jurisprudencia reciente*”, La Ley Penal, núm. 50, Sección Informe de Jurisprudencia, Junio de 2008, Editorial LA LEY.

<sup>1070</sup> PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “*Delitos sobre la ordenación del territorio*”, Enciclopedia penal básica, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 540.

GÓMEZ RIVERO<sup>1071</sup>, plantea el problema sobre la forma en que debe de solucionarse la relación concursal, esto es, si debe resolverse dando prioridad a la calificación del funcionario conforme al título de autoría o participación en el delito que posibilita o si, por el contrario, son de aplicación preferente las específicas reglas de responsabilidad contempladas en los artículos 320, 322, y 329 del CP, pues bien, considera esta autora, que la solución debe ser la primera, es decir, dar prioridad a la calificación que corresponda por su contribución a los delitos de los artículos 319, 321 ó 325 de CP.

Otros de los supuestos en los que se pueden apreciar concurso de leyes en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en relación con el delito del artículo 289 el CP, es cuando por cualquier medio destruyera, inutilizara o dañara una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier modo la sustrajera al cumplimiento de los deberes legales impuesto en interés de la comunidad. En este sentido se pronuncia la AP de Huelva<sup>1072</sup> al declarar que *“ciertamente, si la conducta consistente en construir sin autorización configura el delito contra la ordenación del territorio del artículo 319, es porque esa actividad constructora se realiza en una zona de valor ecológico y considerada de especial protección precisamente por ese valor ecológico que la norma quiere preservar. Y desde luego, ese mismo bien jurídico es el que tutela el artículo 289 en su vertiente de proteger la afectación de los bienes propios al equilibrio de los sistemas naturales, cuya significación ecológica no admite duda.*

---

<sup>1071</sup> GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *“El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio”*, (Especial referencia a la responsabilidad del funcionario concedente), pág. 101.

<sup>1072</sup> SAP de Huelva (Sección 1ª) de 30 de julio de 2010.

*Al sancionar separadamente ambos delitos, se produciría una vulneración del principio non bis in idem, que debe ser respetado. Declarándose que la actuación de los acusados constituye un supuesto que debe de resolverse con arreglo al artículo 8.4 del CP, de manera que los hechos será castigados con arreglo al artículo 319.1 por ser el tipo más grave, excluyéndose el 289, sancionado con menor pena”.*

### **III. CONCURSO DE INFRACCIONES PENALES**

Tanto la jurisprudencia como la doctrina ponen de manifiesto que el concurso de delitos se describe a partir de la unidad o pluralidad de acciones típicas, debiéndose acudir a las reglas establecidas en los artículos 73 a 78 del CP, con el objeto de poder aplicar o determinar la pena que se le puede imponer a los sujetos activos que cometan más de una conducta criminal. Sin embargo para QUINTERO OLIVARES<sup>1073</sup>, los concursos de delitos son casos de concurrencia de tipos penales realizados sin que ninguno excluya a otro, con diferentes normas penales violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados. En el concurso de delitos se distinguen los llamados concurso real e ideal, a los que se añade a veces el denominado concurso medial, el que no es sino una subforma materialmente similar al concurso real y, en derecho español, sometida a la penalidad propia del concurso ideal (art. 77.1 CP), y el delito continuado, que es subforma del concurso real (art. 74 CP).

---

<sup>1073</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “*Parte General del Derecho Penal*”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 754.

Sobre la penalidad del concurso de leyes penales sostiene POLAINO NAVARRETE<sup>1074</sup>, que se rige por los principios normativos orientados hacia el objetivo de determinar la ley aplicable cuando un caso por hipótesis es susceptible de ser calificado por más de una ley, debiéndose optar por una de ellas, siendo esta la que prevea pena más grave, en cuanto expresa que el desvalor legal de mayor relevancia que prevalece sobre el de menor entidad, pues se incurriría en el sinsentido si se otorgara prevalencia normativa al acto de menor significación jurídica.

Para algunos autores, a diferencia de lo que ocurre en el concurso de leyes, en el concurso de delitos nos encontramos con que una o varias acciones que infringen varias normas penales, o varias veces la misma norma penal, provocando varios delitos que deben ser todos sancionados penalmente. No se produce el “*non bis in idem*” si se castigan todos los delitos cometidos, pues son varias las lesiones o puestas en peligro del mismo o de diferentes bienes jurídicos<sup>1075</sup>.

En referencia a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo sostiene MARTOS NÚÑEZ<sup>1076</sup>, que en los casos en que la construcción supone la realización de “*extracciones, excavaciones o aterramiento que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*”, habrá de estimarse el correspondiente concurso de

---

<sup>1074</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*Lecciones de derecho penal parte general*”, op. cit., pág. 256. Vid. también, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, “*El delito continuado*”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997, pág. 76.

<sup>1075</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco/ LOPEZ PEREGRÍN, Carmen/ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “*Manual de Derecho penal medioambiental*”, op.cit., pág. 221.

<sup>1076</sup> MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “*Delitos contra la ordenación del territorio*”, Lecciones de Derecho penal, Parte Especial, Tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, pág. 311. Del mismo autor, “*La protección jurídicopenal de los espacios naturales*”, Revista General de Derecho Penal, núm. 15, 2011, pág. 23.

delitos entre los artículos 319 y 325 CP. Sin embargo SÁNCHEZ ROBERT<sup>1077</sup>, señala que con la finalidad de cometer el delito contenido en el artículo 319 del CP, pueden darse, pues, concurso de normas penales, rechazándose la admisión de relación de especialidad o subsidiariedad entre los delitos del 319.1 y 2 el CP, dado que se pueden considerar como autónomos.

#### IV. CONCURSO IDEAL

El concurso ideal<sup>1078</sup> está regulado en el artículo 77 del CP, al disponer que las reglas del concurso real<sup>1079</sup> (artículos 75 y 76 CP) no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra, es decir, cuando una conducta da lugar a dos o más delitos o faltas. La acción ilícita infringe varios preceptos penales distintos (concurso ideal heterogéneo) o el mismo precepto varias veces (concurso ideal homogéneo)<sup>1080</sup>.

---

<sup>1077</sup> SÁNCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*”, op. cit., pág. 283.

<sup>1078</sup> SAP de Huelva (Sección 1ª) de 30 de julio de 2010. El concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuricidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado.

<sup>1079</sup> Vid. DELGADO GARCÍA, Joaquín, “*Los concursos en el Derecho Penal*”, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-38, Tomo 1, Editorial La Ley. Para este autor, existe cuando un solo hecho viola dos o más normas penales, todas las cuales han de aplicarse para cubrir completamente su significación antijurídica.

<sup>1080</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*Lecciones de Derecho Penal Parte General*”, op. cit., pág. 257. Para este autor, la unidad de la acción de un sujeto corresponde la comisión de una pluralidad de delitos. No hay pluralidad de acciones delictivas, sino unidad de acto con diversidad de efectos típicos y consiguiente pluralidad de delitos. Vid. también, Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco/ LOPEZ PEREGRÍN, Carmen/ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “*Manual de Derecho penal medioambiental*”, Editorial Tirant lo

La base del concurso ideal<sup>1081</sup> la constituye la identidad de hecho y definitiva de la unidad de acción<sup>1082</sup>. En este sentido se pronuncia nuestra jurisprudencia<sup>1083</sup> al declarar que si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá de determinar en cada caso cual es el contenido del acto de voluntad del sujeto, pues si este pretende alcanzar en su acción la totalidad de los resultados producidos y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de la antijuridicidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de varios hechos punibles en concurso real.

Se puede apreciar un concurso ideal de delitos entre los artículos 319.1 y 330 del CP, ya que éste sanciona aquellas conductas delictivas que tengan como fin dañar gravemente un espacio natural protegido, como

---

Blanch, Valencia, 2013, pág. 225. Vid. también, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *“El delito continuado”*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, y Sociales, S.A., Madrid, 1997, pág. 80.

<sup>1081</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *“Parte General del Derecho Penal”*, op. cit., pág. 758. Vid. también, RODRÍGUEZ RAMOS, Luís, (Dir.), *“Código Penal y Leyes Penales Especiales y Complementarias”*, La Ley, Madrid, 2011, pág. 439. La dogmática penal nos enseña que mientras en el concurso real existen varios hechos y varias infracciones, el denominado ideal o formal supone una unidad de hecho y una pluralidad de infracciones, poniendo de relieve la dogmática alemana que precisa la consideración combinatoria de varios tipos para contemplar el desvalor total de un hecho unitario.

<sup>1082</sup> Vid. ORTS BERENGUER, Enrique/ GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *“Compendio de derecho penal. Parte general”*, op. cit., pág. 285. Vid. también, RODRÍGUEZ RAMOS, Luís, (Dir.) *“Código Penal”*, op. cit., pág. 439. La base estructural del concurso ideal radica en la unidad de acción, pese a su proyección plural en el área de la tipicidad penal. Si se acusa la presencia de dos o más acciones, constitutiva cada una de un delito se trata de una modalidad o subforma de concurso real.

<sup>1083</sup> STS de 11 de febrero de 1998.

puede ser la ejecución de obras no autorizadas en algunos de los lugares de especial protección, causando graves daños al espacio natural protegido<sup>1084</sup>.

En este caso son diferentes las conductas de los artículos 319.1 y 330 pero guardan relación entre sí, por ello la solución debe de venir con la apreciación de un concurso ideal de delitos, debiendo ser de aplicación las reglas del artículo 77 del CP, toda vez que la acción del artículo 319.1, construir, edificar y urbanizar, conlleva la conducta delictiva del art. 330 del CP<sup>1085</sup>. Parecidos efectos jurídicos se producen entre los artículos 319 y 321 del CP, dado que éste último precepto sanciona a los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental, en estos supuestos también se producirá la apreciación de concurso ideal de delitos cuando por ejemplo, se ejecuten obras no autorizadas en estos tipos de inmuebles protegidos cuando resulten gravemente dañados<sup>1086</sup>. Sin embargo para MARTOS NÚÑEZ<sup>1087</sup>, cuando las conductas afecten a un espacio natural protegido, será ley preferente el delito urbanístico en el que, igualmente del ataque al espacio natural protegido, se contempla la lesión de la normativa reguladora de la ordenación del territorio. En este caso no es posible la aplicación de la agravante específica del artículo 338 CP, ya que es “*inherente*” al tipo la afectación de un espacio natural protegido.

---

<sup>1084</sup> Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, “Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal”, op. cit., pág. 286. Vid, también, LASO MARTÍNEZ, José Luís, “Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal” op. cit, pág. 144.

<sup>1085</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “Protección penal de la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 1181.

<sup>1086</sup> Vid. LASO MARTÍNEZ, José Luís, “Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal” Editorial Marcial Pons; Madrid, 1997, pág. 288.

<sup>1087</sup> MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “Delitos contra la ordenación del territorio”, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, op. cit., pág. 311.



Sostiene GARCÍAS PLANAS<sup>1088</sup> que si para obtener la licencia presentasen documentos falsos, podrá darse un concurso ideal de delitos de falsedades documentales tipificado en el artículo 390 en relación con el 392 del texto punitivo. En igual sentido se manifiesta MARTOS NÚÑEZ<sup>1089</sup>, al señalar que si la licencia se ha obtenido falseando o presentando documentos falsos, se aplican los tipos de falsedad, con los que el artículo 319 CP entra en concurso ideal de delitos. También existirá concurso ideal en caso de concurrir con un delito contra el medio ambiente del artículo 325, dado que existirían ataques a bienes jurídicos diferentes y en consecuencia la agresión al medio ambiente no quedaría subsumido en el delito del art. 319. Idéntica problemática surgirá entre los delitos del artículo 319 del CP, en relación con el artículo 330, pues en el primero se castiga específicamente la conducta de *construir, edificar o urbanizar* y en el artículo 330<sup>1090</sup> la conducta punible de *dañar gravemente*, pudiendo suceder en este sentido que al llevar a cabo la comisión delictiva del artículo 319.1 de CP se cause daño grave a alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, y en su consecuencia se podría apreciar en concurso ideal entre ambos artículos<sup>1091</sup>.

---

<sup>1088</sup> GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “*El delito urbanístico*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 33. Vid. también, DE ALFONSO LASO, Daniel, “*Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio*”, Cuaderno de Derecho Local (QDL), núm. 26, junio de 2011, pág. 96.

<sup>1089</sup> MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “*Delitos contra la ordenación del territorio*”, Lecciones de derecho penal, parte especial, op. cit., pág. 311.

<sup>1090</sup> Artículo 330 del Código Penal: Quien, en un espacio natural protegido dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

<sup>1091</sup> LASO MARTÍNEZ, José Luís, “*Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal*” op.cit, pág. 144.

Es práctica generalizada que para cometer un delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, el particular obtenga licencia ilegal procediendo previamente a la presentación de documentos falsos ante el funcionario público que debe otorgar la licencia municipal, apreciándose en estos casos, si se consuma la ejecución de las obras un concurso de delitos entre el artículo 319 del CP y el de falsedad de documento oficial del artículo 392 del CP. En esta apreciación del concurso de delitos hay autores que consideran un concurso ideal<sup>1092</sup> al admitir la existencia de un solo hecho punible que vulnera dos o más bienes jurídicos, que a su vez constituye dos o más infracciones (art. 77.1 CP). Pero para otros se trataría de un concurso medial de delitos, como bien acierta GÓRRIZ ROYO<sup>1093</sup>, al considerar que parece evidente que la falsedad en documento oficial es el medio para inducir a error al funcionario otorgante de la licencia con el fin de cometer un delito contra la ordenación del territorio en sentido estricto. Sin embargo a efecto de la imposición de la pena es irrelevante que se trate de concurso ideal o medial, toda vez que la sanción a imponer al reo será la misma<sup>1094</sup>.

Un ejemplo muy utilizado para comprender la existencia tanto del concurso ideal homogéneo como heterogéneo, lo tenemos cuando alguien hace explotar una bomba causando varios muertos. Dará lugar a un concurso ideal homogéneo de tantos asesinatos como personas hayan muertos (art. 139 CP), sin embargo si una persona agrede a un agente de la

---

<sup>1092</sup> CARMONA SALGADO, Concepción, *“Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico”*, Curso de Derecho Penal español, Parte General Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 539.

<sup>1093</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, *“La protección penal de la ordenación del territorio”*, op. cit., pág. 1177.

<sup>1094</sup> Vid. artículo 77 CP.

autoridad, este hecho dará lugar a un concurso ideal heterogéneo entre un delito de lesiones (art. 147 CP) y un delito de atentado a la autoridad (art. 550 CP).

A nuestro juicio otro de los supuestos de apreciación de concurso ideal se dará entre el delito relativo a la protección de la flora y la fauna previsto en el artículo 332 del CP y los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo tipificado en el artículo 319.1 del CP, cuando con la finalidad de ejecutar obras no autorizables en lugares con valor ecológico reconocido legal o administrativamente, o especialmente protegidos por el mismo motivo, se destruyera o se alterase gravemente el hábitat de alguna especie de flora amenazada o sus propágulos. En estos supuestos entendemos que los bienes jurídicos protegidos en esos dos artículos son distintos, y la lesión de éstos proviene de un solo hecho delictivo, de ahí que se pueda admitir el concurso ideal entre los preceptos del artículos 332 y 319 del CP<sup>1095</sup>.

Idéntica relación concursal se apreciará entre los delitos del 319.1 y los delitos sobre el patrimonio histórico regulado en el artículo 321 del CP, en los casos de que se lleven a cabo ejecuciones de obras no autorizables en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor artístico, histórico o cultural, o que hayan sido declarados de especial protección en atención a dichos valores, derribando o alterando gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental. También podemos apreciar concurso ideal en los delitos del artículo 319.1 del CP con los delitos sobre el patrimonio

---

<sup>1095</sup> HAVA GARCÍA, Esther, *“Protección jurídica de la fauna y flora en España”*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pág. 305. Vid. también, Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, *“Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal”*, op. cit., pág. 287.

histórico establecido en el artículo 323 del CP, cuando con objeto de llevar a cabo construcción no autorizable en suelos que tengan legal o administrativamente reconocido su valor artístico, histórico o cultural o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección y se cause daño en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos<sup>1096</sup>.

## V. CONCURSO MEDIAL DE DELITO

Se puede definir el concurso medial de delito cuando se da el supuesto de la comisión de varias acciones delictivas que conllevan la perpetración de varios delitos<sup>1097</sup>, existiendo entre ellos una relación, pues uno de los delitos es medio necesario para lograr la comisión del otro u otros<sup>1098</sup>. El concurso medial no debe confundirse con el concurso ideal aunque éste también existe una unidad de propósito al vincular los dos delitos de alguna manera en una unidad superior. El concurso medial

---

<sup>1096</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op. cit., pág. 1184. Entiende esta autora que aquellos daños deben derivarse de acciones inherentes o inescindibles de las actividades constructivas (excavaciones, extracciones de tierra, aterramiento) puesto que si los daños que se causan en aquellos bienes no resultan necesario para ejecutar la concreta obra, sería más oportuno apreciar una pluralidad de hechos y de infracciones y admitir el concurso real entre los delitos del artículo 319.1 del CP y 323 del CP.

<sup>1097</sup> DE ALFONSO LASO, Daniel, “*Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio*”, Cuaderno de Derecho Local (QDL), núm. 26, junio de 2011, pág. 96. Para este autor, en relación con el delito de falsedad documental, podrá darse en concurso medial del artículo 319 con los artículos 390 y 392 del CP, incluso, habría un delito de estafa procesal si tales documentos falsos se introdujeran en el proceso penal con la intención de engañar al juzgador.

<sup>1098</sup> Vid. SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, Carlos (coord.), “*Manual de derecho penal. Tomo I. Parte general*”, cuarta edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 431. Es llamado también instrumental o teleológico, al comprobarse una relación de medio a fin entre los delitos generados por las varias acciones.

guarda relación con el concurso real, pues en éste existen también varias acciones que dan lugar a varios delitos<sup>1099</sup>. Señala QUINTERO OLIVARES<sup>1100</sup>, que el concurso medial, es una subespecie de concurso real de delitos, que en el derecho español se castiga con la misma regla que el llamado concurso ideal. Para otros autores se trata como modalidad o subforma del concurso real<sup>1101</sup>.

El concurso medial de delito es una modalidad del concurso real<sup>1102</sup>, es decir, existe una pluralidad<sup>1103</sup> de delitos enjuiciados por separado, aunque en nuestro Derecho penal, a efecto de la determinación de la pena que debe de aplicarse, lo considera como un concurso ideal<sup>1104</sup>. Un ejemplo sobre el concurso medial lo tenemos en el supuesto de que una persona comete un delito de allanamiento de morada deteniendo ilegalmente a sus propietarios y luego ejecuta un delito de robo. Para DELGADO GARCÍA<sup>1105</sup>, no es suficiente una relación de medio a fin en la intención del sujeto, sino que debe emanar objetivamente del modo concreto en que los hechos se produjeron, y que de tal modo concreto se pueda inferir esa

---

<sup>1099</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “*Concurso de leyes y delitos*”, op. cit., pág. 335.

<sup>1100</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “*Parte General del Derecho Penal*”, op. cit., pág. 758.

<sup>1101</sup> SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, Carlos (coord.), “*Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*”, Cuarta edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 431.

<sup>1102</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*Lecciones de Derecho Penal. Parte General*”, op. cit., pág. 258. Al tratamiento penal del concurso ideal de delitos equipara el legislador expresamente el denominado concurso medial de delitos, que es constitutivo por la hipótesis en que una infracción penal constituye el medio necesario para la comisión de otra. Dos delitos convergen en una concurrencia en que uno de ellos es delito medio y el otro es delito fin, pues para la comisión de éste se ha de ejecutar el primero.

<sup>1103</sup> Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, Luís, (Dir.) “*Código penal*”, op. cit., pág. 439.

<sup>1104</sup> Vid. STS 29 de abril de 2010.

<sup>1105</sup> Vid. DELGADO GARCÍA, Joaquín, “*Los concursos en el Derecho Penal*”, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-38, Tomo 1, Editorial La Ley. Vid también, STS de 22 de mayo de 1993.

necesidad expresamente exigida en el precepto, de forma que el delito fin no hubiera podido cometerse, en esas mismas circunstancias concretas, sino acudiendo al delito medio.

En los supuestos de delito de falsificación de documento o datos con el objeto de poder obtener licencia municipal de obra este ilícito es medio para poder llevar a cabo la edificación que según ACALE SÁNCHEZ<sup>1106</sup>, si no puede construirse existirá un concurso medial entre el delito consumado de falsedades y el de construcción no autorizada o edificación no autorizable en grado de tentativa. En nuestra opinión cuando un particular con el objeto de obtener licencia municipal de obra, falsea o presenta documentos falsos en un Ayuntamiento, y una vez concedida lleva a cabo la ejecución de las obras, entendemos que se trata de un concurso medial, toda vez que la falsedad del documento oficial es el medio que confunde a la autoridad administrativa que debe conceder la autorización municipal de obra, con la finalidad de la comisión de la conducta punible del artículo 319 del CP.

Para poder apreciar el concurso medial se exige que las varias acciones no sólo aparezcan concatenadas por un propósito delictivo penal, sino que estén ligadas por elementos lógicos, temporales y espaciales, o como establece el artículo 77 del CP<sup>1107</sup>, que uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro, conexidad<sup>1108</sup> de medio a fin que le dote de

---

<sup>1106</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit., pág. 267.

<sup>1107</sup> Vid. ORTS BERENGUER, Enrique/ GONZÁLEZ CUSSAC, José L., “*Compendio de derecho penal. Parte general*”, op. cit., pág. 287.

<sup>1108</sup> STS 13 de abril de 2007. En el concurso medial la exigencia legal de que uno de ellos sea medio necesario para la comisión del otro, no se satisface con la mera existencia de ese nexo de conexión medio-

unidad a la plural iniciativa delictiva. Sin embargo este medio necesario no ha de entenderse en plan de subjetividad o psíquico, sino en sentido objetivo, o sea real y concreto; ha de ser instrumento idóneo para poder cometer con éxito el de la segunda infracción, pues éste no se hubiera producido de no haberse realizado previamente el o los que le preceden<sup>1109</sup>.

Para SÁNCHEZ DOMINGO<sup>1110</sup>, existirá concurso medial de delitos, cuando con anterioridad a llevar a cabo una construcción o edificación no autorizada, se procede al derribo de un edificio especialmente protegido por su valor histórico, artístico o cultural, toda vez que para proceder a realizar una construcción o edificación sin autorización se considera el derribo como medio para proceder a la necesaria realización de la construcción o de la edificación. En parecidos términos se manifiesta GÓRRIZ ROYO, al sostener que cuando el derribo de los edificios a los que se refiere el artículo 321 del CP sea presupuesto o el medio para cometer la construcción no autorizable en aquellos lugares previstos en el artículo 319 del CP, resultará más oportuno apreciar en estos supuestos un concurso medial entre ambos preceptos<sup>1111</sup>.

En nuestra opinión otro de los supuestos donde se puede apreciar concurso medial de delito es en los casos de falsedad del certificado de final de obra, cuando el director de la obra firme el documento, sin

---

fin en la mente de autor. Por el contrario se exige una conexión objetiva que se deduce de la exigencia de necesidad establecida por el Código Penal.

<sup>1109</sup> SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, Carlos (coord.), *Manual de derecho penal. Tomo I. Parte general*, op. cit., pág. 431. Vid también, Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco/ LOPEZ PEREGRÍN, Carmen/ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental*, op. cit., pág. 226.

<sup>1110</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, *Delitos urbanísticos*, op. cit., pág. 236.

<sup>1111</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, *Protección penal de la ordenación del territorio*, op. cit., pág. 11.

contener en el mismo las incidencias de las que adolece la edificación, y sin adaptarse al contenido del proyecto de obra autorizada en la licencia municipal, o sin incluir en el certificado de final de obra las deformidades con respecto a lo autorizado por la autoridad municipal, y por consiguiente una vez que este documento se presente ante una administración pública u órgano administrativo competente se convertirá en documento oficial, y en su consecuencia se incardinaría en el artículo 392<sup>1112</sup> del CP como delito de falsedad en relación con el artículo 390.1<sup>1113</sup> del CP, como vehículo o medio para consumar el delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo previsto en el artículo 319 del CP<sup>1114</sup>.

También se apreciará el concurso medial de delitos en los supuestos de que para la obtención de la licencia municipal de obra se amenace<sup>1115</sup> o se coaccione<sup>1116</sup> a la autoridad que debe conceder la autorización, con el objeto de ejecutar la construcción, edificación u urbanización prevista en el artículo 319, incurriendo en uno de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. En estos supuestos señala GÓRRIZ ROYO<sup>1117</sup>

---

<sup>1112</sup> Vid. artículo 392.1 del CP: 1.El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

<sup>1113</sup> Vid. artículo 390.1 del CP: 1.Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 1º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2º.Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. 3º.Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho. 4º Faltando a la verdad en la narración de los hechos.

<sup>1114</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op. cit., pág. 1178.

<sup>1115</sup> Vid. artículo 169 y 171 del CP.

<sup>1116</sup> Vid. artículo 172 del Código Penal.

<sup>1117</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op. cit., pág. 1178.



que a pesar de la irrelevancia que a efectos de pena comporta la calificación de este concurso como ideal o medial, puesto que cabe la duda de que en estos casos se esté sólo ante un solo hecho delictivo.

La pena que conllevará cuando se ha apreciado concurso ideal de delitos de conformidad con lo establecido en el artículo 77 del CP, es la correspondiente al delito más grave en su mitad superior con el requisito de que dicha penalidad no supere a la que procedería imponer si se apreciara concurso real.

## VI. CONCURSO REAL DE DELITO

Existirá concurso real de delitos<sup>1118</sup> cuando se produzcan varias conductas delictivas independientes cometidas por un mismo individuo que den lugar a varios delitos que son juzgados en un mismo procedimiento judicial, o en distintos procesos cuando por su conexión o el momento de su perpetración fuesen susceptibles de haberse enjuiciado en uno sólo. En el concurso real se da una pluralidad de acciones y una pluralidad de preceptos penales violados<sup>1119</sup>. La pluralidad de las infracciones delictivas cometidas no debe haber sido objeto de previa sanción para poder apreciar concurrencia de delitos. El concurso material de delitos es en este sentido una manifestación delictiva actual, en tanto se exige una pluralidad de

---

<sup>1118</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, "*idem*", op. cit., pág. 1188. Para esta autora se podría admitir un concurso real de delito si al concluir las obras prevista en el proyecto urbanístico inicial, la misma empresa constructora-promotora, ante los lucrativos beneficios que le reportó, al cabo de los años decide invertirlos en la construcción de una nueva urbanización o incluso de un solo edificio, -por ejemplo un hotel-, no autorizado en una zona distinta, como puede ser en la costa (art. 319.1 C.P.), pero ejecutado a tales efectos un nuevo proyecto urbanístico ya fuera el proyecto realizado por el mismo o distinto técnico, pero que requiriera un nuevo visado.

<sup>1119</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "*Parte general del Derecho penal*", op. cit., pág. 755.

delitos que en el momento de su ejecución no han sido aún objeto de sanción jurídica<sup>1120</sup>. Esto guarda relación con lo establecido en el artículo 73 del CP, que dispone “*Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible por la naturaleza y efecto de la misma*”. Disponiendo a la vez el apartado segundo del artículo 76 del CP, que “*La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo*”.

En el concurso real se acumulan<sup>1121</sup> todas las penas que se le hayan impuesto al sujeto por la comisión de las distintas infracciones con el objeto de que su cumplimiento se produzca simultáneamente<sup>1122</sup>. Para CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MOLTALVO<sup>1123</sup>, el artículo 73 del CP contempla el supuesto de la lesión múltiple de la ley penal por virtud de varias acciones independientes, el llamado concurso real, aunque impropiamente se refiere este precepto a dos o más delitos pese a que lo característico del concurso real es la realización de dos o más hechos punibles autónomos que se acumulan en la persona del mismo autor<sup>1124</sup>.

---

<sup>1120</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*Lecciones de Derecho Penal Parte General*”, op. cit., pág. 263.

<sup>1121</sup> Vid. ORTS BERENGUER, Enrique/ GONZÁLEZ CUSSAC, José L. “*Compendio de derecho penal. Parte general*”, op. cit., pág. 283. El criterio de partida para la determinación de la pena a imponer es el de acumulación material de las penas, es decir, la suma de las mismas (arts. 73 y 75 CP).

<sup>1122</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “*Concurso de leyes y delitos*”, op. cit., pág. 336.

<sup>1123</sup> CALDERÓN CEREZO, Ángel/ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, “*Código penal comentado*”, Ediciones Deusto de Planeta de Angostini Profesional y Formación, S.L, Edición 204, pág. 73.

<sup>1124</sup> Vid. SSTS 29 de septiembre de 1987, 15 de marzo de 1988 y 23 de abril de 1992.

En los delitos sobre la ordenación del territorio existirá concurso real<sup>1125</sup> cuando existiera también el delito de desobediencia<sup>1126</sup> tipificado en el artículo 556 del CP, “*cuando el sujeto, requerido para la paralización de la obra, hubiere desobedecido las órdenes o resoluciones de las autoridades competentes relativas a la inviabilidad legal del proyecto o paralización de actividades*”<sup>1127</sup>. En parecidos términos se manifiesta GÓRRIZ ROYO<sup>1128</sup>, al señalar que en los supuestos frecuentes en que se cometan los delitos del artículo 319 del CP, y a la vez el de desobediencia a la autoridad o sus agentes, contemplado en el artículo 556 del CP. En concreto, en el caso en que el autor hubiese sido requerido para la paralización de la obra y desobedeciendo las órdenes o resoluciones adoptadas por la autoridad competente en este sentido, continuara realizando las actividades constructivas.

---

<sup>1125</sup> DE ALFONSO LASO, Daniel, “*Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio*”, Cuaderno de Derecho Local (QDL), núm. 26, junio de 2011, pág. 96. En relación al delito de desobediencia del artículo 556, podría apreciarse un concurso real cuando el sujeto requerido por las autoridades para paralizar la obra no lo hiciera. O cuando la iniciara una vez que se hubiera notificado que el proyecto carecía de los requisitos legales para ser llevado a cabo.

<sup>1126</sup> GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “*El delito urbanístico*”, op.cit., pág. 33. Podrá apreciarse un concurso real de delitos con el de desobediencia del artículo 556, cuando el sujeto requerido por las autoridades para paralizar las obras no lo hiciera, o las iniciase una vez se les hubiese notificado que el proyecto carecía de los requisitos legales para llevarse a cabo. Vid también BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Delitos Urbanísticos*”, op. cit., pág. 299. Vid., también ACALE SÁNCHEZ, María, “*Delitos Urbanísticos*”, pág. 335. Para esta autora, se debería de resolver por las reglas del concurso real de delitos la problemática entre el delito de construcción o edificación ilegal y el de desobediencias del art. 56, cuando el sujeto, requerido para la paralización de la obra, hubiere desobedecido las órdenes o resoluciones de las autoridades competentes relativas a la inviabilidad legal del proyecto o paralización de actividades.

<sup>1127</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio / FARRÉ DÍAZ, Esteban, “*Los delitos relativos a la ordenación del territorio*”, op.cit, pág. 132. Habrá de apreciarse un concurso real con el delito de desobediencia del artículo 556, cuando producida la consumación de la construcción ilegal, existiese por parte de las autoridades un requerimiento expreso con apercibimiento a fin de paralizar las obras o demoler las verificadas, y se hiciera caso omiso a dichas órdenes.

<sup>1128</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op. cit., pág. 1179. Vid. también SAP de Málaga (Sección 3ª) de 16 de septiembre de 1998.

Para ACALE SÁNCHEZ, a *priori* cabría entender que el delito de construcción o edificación ilegal entra en concurso real con el delito ecológico del art. 325, cuando con ocasión de la realización de las labores de construcción o edificación, se lleven a cabo directa o indirectamente extracciones, excavaciones, aterramientos o depósitos de sustancias en el suelo que lleguen a poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales<sup>1129</sup>. Otro de los supuestos de concurso real entre el correspondiente delito del artículo 319 y el 325 del CP, se apreciará en los casos de que un constructor sin la preceptiva evaluación de impacto ambiental lleve a cabo extracciones, excavaciones o aterramiento en los suelos que establece el artículo 319 del CP, y que además ponga en peligro el equilibrio de los sistemas naturales, y luego ejecute obras sin obtener la preceptiva licencia municipal de obra. Para GÓRRIZ ROYO<sup>1130</sup>, en estos supuestos también considera que se trata de un concurso real entre ambos preceptos con el entendimiento de que en estos tipos delictivos se protegen dos bienes jurídicos distintos y además por lo general se diferencian una pluralidad de hechos, siendo posible la apreciación por un lado, la producción de un desvalor de resultado consistente en la lesión del bien jurídico *ordenación del territorio* y por otro, la puesta en peligro concreta del bien jurídico medio ambiente.

Existirá también concurso real entre los delitos del art. 319 y el 350 CP que tipifica como delito los que procediesen a llevar a cabo apertura de

---

<sup>1129</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit., pág. 267. Vid. también, ACALE SÁNCHEZ, María, “*Delitos Urbanísticos*”, op.cit., pág. 335. La resoluciones del concurso ha de venir por las reglas del concurso real delitos: son distintas acciones: construir, excavar, aterrar, depositar, que producen distintos resultados: la lesión del medio ambiente (a través de la efectiva lesión del recurso natural) y la puesta en peligro de los sistema naturales.

<sup>1130</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op. cit., pág. 1180.

pozos o excavaciones, en la construcción o demolición de edificios, presas, canalizaciones u obras análogas o, en su conservación, acondicionamiento o mantenimiento, infrinjan las normas de seguridad establecidas cuya inobservancia pueda ocasionar resultados catastróficos, y pongan en concreto peligro la vida, la integridad física de las personas, o el medio ambiente<sup>1131</sup>.

Se apreciará concurso real en los supuestos de los delitos del art 319.1 del CP en relación con el artículo 350 del CP<sup>1132</sup>, cuando se ejecuten construcciones no autorizables en suelos calificados como zonas verdes y se infrinjan las normas de seguridad establecidas cuya inobservancia pueda ocasionar resultados catastróficos, y pongan en concreto peligro la vida, la integridad física de las personas o el medio ambiente. En estos preceptos los bienes jurídicos protegidos son diferentes, siendo también distintos los hechos delictivos, sin que se pueda apreciar como un único hecho delictivo sino más bien varios, y en consecuencia varias infracciones. Sin embargo señala GÓRRIZ ROYO<sup>1133</sup>, que si la modalidad de conducta empleada para lesionar estos dos bienes jurídicos fuera la construcción (no autorizada) de un edificio, sí sería admisible el concurso ideal entre el delito del artículo 319 del CP y el del artículo 350 del CP.

---

<sup>1131</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Editorial Tirant lo Blanch, 18ª edición, Valencia, 2010, pág. 491.

<sup>1132</sup> Vid. SÁNCHEZ ROBERT, María José, *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*, op. cit., pág. 290.

<sup>1133</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, *Protección penal de la ordenación del territorio*, op. cit., pág. 1185.

## VII. DELITO CONTINUADO

El delito continuado<sup>1134</sup> existirá cuando un sujeto comete varias conductas punibles que conllevan distintas infracciones penales consideradas como un único delito que se sanciona con una sola pena<sup>1135</sup>. El delito continuado se origina sobre una pluralidad de acciones que individualmente contempladas pueden ser susceptibles de ser encajadas como delitos independientes, pero por su antijuricidad material deben de ser considerados colectivamente<sup>1136</sup>. En el delito continuado la comisión por el mismo sujeto<sup>1137</sup> de una pluralidad de infracciones<sup>1138</sup>, que en virtud de la concurrencia de determinados requisitos, se sustrae a las reglas del concurso de infracciones, y es contemplada unitariamente por el Derecho<sup>1139</sup>.

El delito continuado se puede extraer del artículo 74 del CP al establecer este precepto que *“el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo*

<sup>1134</sup> Vid. SSTS 10 de julio de 2002, 23 de junio de 2005, 10 de mayo de 2006 y 21 de junio de 2006.

<sup>1135</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *“Lecciones de Derecho Penal parte general”*, op. cit., pág. 260.

<sup>1136</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *“Parte general del Derecho penal”*, op.cit, pág. 757.

<sup>1137</sup> Vid. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *“El delito continuado”*, op. cit., pág. 248.

<sup>1138</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco/ LOPEZ PEREGRÍN, Carmen/ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *“Manual de Derecho penal medioambiental”*, op. cit., pág. 226.

<sup>1139</sup> SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, Carlos (coord.), *“Manual de derecho penal. Tomo I. Parte general”*, op. cit., pág. 432.

*llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado*". De este precepto podemos extraer que para conceptualizar el delito como continuado, el sujeto debe de realizar una pluralidad de acciones u omisiones punibles ejecutadas por él, que formen parte de un plan preconcebido o bien que se realicen aprovechando idéntica ocasión y además la existencia de una conexión espacio-temporal<sup>1140</sup>. El sujeto pasivo puede ser el mismo o distinto en las variadas infracciones, pudiendo ser éstas de un mismo precepto penal o de igual naturaleza<sup>1141</sup>.

Para MOLINA FERNÁNDEZ, dentro de los delitos continuados patrimoniales está la modalidad agravada a la que se denomina tradicionalmente delito masa, que existirá en aquellos casos en los que un sujeto mediante una o varias acciones defraudatorias, inspiradas en un designio criminal único, realiza frente a una pluralidad de sujetos pasivos indiferenciados, y movidos por un ánimo de lucro que abarque el importe total de lo percibido ilegalmente, actuación con un propósito unitario de enriquecimiento<sup>1142</sup>.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, existían dudas sobre si las urbanizaciones resultaban ser típicas a los efectos de la comisión delictiva de los delitos del artículo 319, dado que resultaría trascendental si la construcción simultánea de edificios constituía

---

<sup>1140</sup> STS 18 de julio de 2000, tiene declarado que existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia penal, cuando la pluralidad de acciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentre vinculadas en el tiempo y en el espacio.

<sup>1141</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *“Los delitos urbanísticos”*, op.cit., pág. 301. Para este autor cabe la aplicación del delito continuado en relación con las dos figuras de los delitos urbanísticos sin concurren los requisitos del art. 74 de Código Penal.

<sup>1142</sup> Vid. STS de 12 de diciembre de 1981, 22 de julio de 2003 y 3 de mayo de 2010.

un grave atentado sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Según nuestro juicio, a partir de estos momentos y tras la entrada en vigor de la LO 5/2010, no existe la más mínima duda de que la urbanización, consistente en la ejecución de múltiples apartamentos es un grave atentado contra el bien jurídico previsto en el artículo 319 del CP, pues tanto en el apartado primero y segundo de este precepto, la figura típica es “*llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizable*”. La duda que surge es si en estas edificaciones o construcciones se puede apreciar como delito continuado o como concurso de delito. En nuestra opinión y siguiendo la línea defendida por GÓRRIZ ROYO<sup>1143</sup>, si las obras de urbanización son ejecutadas coetáneamente en el tiempo, y en el mismo lugar de los suelos prevenidos en el artículo 319 de CP, al ser considerados un sólo acto y por consiguiente una sola acción típica, se apreciará como un sólo delito.

Al contrario en la ejecución de las múltiples construcciones de chalets o apartamentos, que se llevan a cabo en distintos lugares y en un intervalo de tiempo muy escaso, sin autorización en los suelos previsto en el artículo 319, se deberá apreciar un delito continuado, de conformidad con lo establecido en el artículo 74.1 del CP.

A este respecto señala DE VICENTE MARTÍNEZ<sup>1144</sup> que para poder apreciar el delito continuado es preciso que concurra además del elemento subjetivo, el elemento fáctico consistente en una pluralidad de

---

<sup>1143</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op. cit., pág. 1186. Vid CATALÁN SENDER, Jesús, “*El delito urbanístico. Delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos (Doctrina y jurisprudencia)*”, Editorial Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 1999, pág. 465.

<sup>1144</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “*El delito continuado. El nuevo derecho penal español*”, Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Navarra, 2001, pág. 188.



acciones (u omisiones), de hechos típicos diferenciados que no precisen ser singularizados ni identificados en su exacta dimensión, de manera que esta pluralidad pueda incardinarse en una unidad final. En nuestra opinión será presupuesto necesario para que se pueda apreciar delito continuado la conexión temporal entre las infracciones cometidas, sin que sea posible un distanciamiento temporal, al no apreciarse un plan concebido de su autor, dado que si el lapso de tiempo es muy largo podríamos estar hablando en lugar de delito continuado de un concurso real de delito<sup>1145</sup>.

Sin embargo la conexión espacial es un presupuesto no estrictamente necesario, toda vez que si la ejecución de las obras son realizadas en distintos sitios o espacios no cabría considerar el delito como continuado, pues como bien acierta CASTIÑEIRA PALOU<sup>1146</sup>, el requisito de la conexión espacial<sup>1147</sup> debe considerarse innecesario porque los problemas que en algunos casos puede plantear el hecho de que las acciones se hayan realizado en lugares diferentes, son problemas de carácter procesal, y en su consecuencia ajenos a la figura del delito continuado.

Para SÁNCHEZ DOMINGO<sup>1148</sup>, se apreciará un delito continuado en el supuesto en el que el constructor, promotor, o técnico director, actúen conforme a un plan concebido y realicen una pluralidad de construcciones

---

<sup>1145</sup> Vid. CANTARERO BANDRÁS, Rocío “*Problemas penales y procesales del delito continuado*”, Temas básicos de derecho: una visión actual, Vol. 1, 1992, págs. 117-140.

<sup>1146</sup> CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, “*El delito continuado*”, Editorial Bosch, Barcelona, 1977, pág. 171.

<sup>1147</sup> STS 10 de julio de 2002. Se exige a su vez cierta conexidad temporal, de forma que pueda apreciarse un proceso unitario y no distintas acciones no relacionadas entre sí, completamente desconectadas las una de las otras. A su vez es necesario que exista una separación temporal o espacio-temporal entre las distintas acciones consideradas que permita afirmar la independencia ontológica de unas respecto de las otras, las cuales son también producto de distintos impulsos o actitudes psicológica motivacionales y que todas ellas, aisladamente consideradas, reúnan los requisitos del tipo.

<sup>1148</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, “*Delitos urbanísticos*”, op.cit., pág. 236.

no autorizadas o edificaciones no autorizables, acorde al artículo 74 del CP. En parecidos términos se pronuncia GARCÍAS PLANAS<sup>1149</sup>, al señalar que se dará la figura del delito continuado, cuando el constructor o promotor, que bajo la dirección de un técnico-director, lleven a cabo varias construcciones no autorizadas de las recogidas en el párrafo primero del artículo 319, o edificaciones no autorizables de las del párrafo segundo. En tales casos, parece más correcto aplicar la figura continuada que no un concurso real de delitos. Sin embargo para BOLDOVA PASAMAR<sup>1150</sup>, se hablará de delito urbanístico continuado cuando el sujeto lleve a cabo consecutivamente varias construcciones o varias edificaciones diferentes. Del mismo modo las prevaricaciones urbanísticas son susceptibles de ser apreciadas como un delito continuado si obedecen a un plan preconcebido o tienen lugar aprovechando idéntica ocasión.

---

<sup>1149</sup> GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “*El Delito urbanístico*”, op.cit., pág. 33.

<sup>1150</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los Delitos urbanísticos*”, op.cit., pág. 302.

## CAPITULO VIII

### RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS PUBLICOS POR LOS DELITOS DEL ART. 320 CP

#### I. INTRODUCCIÓN

Como sucedió al referirnos a los delitos previstos en el artículo 319, en el Código Penal de la democracia también se tipificó por vez primera la responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios públicos, cuando a sabiendas de su injusticia<sup>1151</sup> informasen, resolviesen, o votasen favorablemente, proyectos de edificación, o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas que estuviesen vigentes<sup>1152</sup> en el momento<sup>1153</sup>. Esta regulación tuvo lugar en el artículo 320 de nuestro texto punitivo, quedando distribuido este precepto en dos apartados<sup>1154</sup>. En el

---

<sup>1151</sup> Vid. CATALÁN SENDER, Jesús, *“Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal”*, Editorial Bayer Hnos., S.A., Barcelona, 1999, pág.503. Injusticia es sinónimo de arbitrariedad del artículo 404, por lo que el dolo en ese sentido exige no sólo el conocimiento de que el acto urbanístico sometido a informe es ilegal, sino también un plus que lo eleve a la categoría de injusto (o arbitrario).

<sup>1152</sup> En igual sentido CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro Javier, *“El delito contra la ordenación del territorio tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal”*, Práctica Urbanística, núm. 100, enero 2011, Editorial LA LEY, pág. 84. Las normas territoriales o urbanísticas deben de ser aplicables y existir una contradicción específica con las mismas.

<sup>1153</sup> SAP de Málaga de 25 de abril de 2004. La normativa urbanística vigente ha de entenderse como la normativa urbanística en vigor en el momento de la resolución, que en este caso es el momento de la emisión del informe o de la concesión o resolución contrarios a dicha normativa, con independencia de que las circunstancias cambien el futuro.

<sup>1154</sup> POMARES CINTAS, Esther/ BERMEJO CHAMORRO, Antonio, *“¿Era necesario reformar los delitos urbanísticos?, especial referencia a los delitos de corrupción urbanística y a su trayectoria*

primero se penaba a los sujetos activos que hubiesen informado a sabiendas de su injusticia los proyectos y licencias antes mencionadas, y en segundo de los apartados los que por sí mismos o como miembros de un organismo colegiado hubieran resuelto o votado estas autorizaciones. La penalidad que conllevaban estas conductas delictivas eran las mismas para los dos apartados del artículo 320 del CP, es decir la establecida en el artículo 404 del mismo código, y además con la de prisión de seis meses a dos años, o la multa de doce a veinticuatro meses.

El delito tipificado en el artículo 320 del CP, es una modalidad específica<sup>1155</sup> del delito de prevaricación administrativa, regulado en el artículo 404 del CP, que sanciona a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dicte una resolución arbitraria<sup>1156</sup> en un asunto administrativo, es decir en el 320 se tipifica una prevaricación agravada,<sup>1157</sup> toda vez que la sanción de la prevaricación sobre la ordenación del territorio y el urbanismo es mayor que la prevista para la

---

*jurisprudencia*”, Revista de derecho penal y criminología, 3ª Época núm. 6 (2011) UNED, pág. 121. Los denominados delitos de prevaricación se regulan en el art. 320 CP, en dos apartados que se corresponden con esa estructura bifásica.

<sup>1155</sup> Vid. SOUTO GARCÍA, Eva María, “*Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, en Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la Legislación Especial, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011 págs. 141 y ss. Para esta autora, en el artículo 320 se tipifican dos conductas de prevaricación en el ámbito urbanístico, que junto con la prevaricación medioambiental y contra el patrimonio histórico, componen las modalidades de prevaricación específica. Vid también, SAP de Granada (Sección 1ª) núm. 78 de 21 de febrero de 2005.

<sup>1156</sup> STS 21 de octubre de 2004. La conducta injusta o arbitraria en el ámbito de la función pública ha sido entendida, en el contexto de la prevaricación administrativa tipificada en el artículo 404 del CP como una contrariedad a Derecho de especial gravedad, debiendo ser la injusticia evidente, patente, flagrante y clamorosa. Vid. también, POZUELO PÉREZ, Laura, “*Memento práctico penal 2011*”, Memento Práctico, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pág.1220. Trasladando estas cuestiones al ámbito del artículo 320 del CP, hay arbitrariedad o injusticia cuando la emisión de los informes o la concreta resolución o concesión contradigan lo previsto en la normativa urbanística aplicable con desviación de poder, esto es, no obediencia al interés general, sino a intereses particulares.

<sup>1157</sup> Vid. BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa, “*Algunas consideraciones en torno a la corrupción urbanística en España*”, en el Derecho penal y la nueva sociedad, Editorial Comares, Granada, 2007, pág. 60.

prevaricación genérica. Para algunos autores el delito tipificado en el artículo 320 del CP constituye una modalidad específica de la prevaricación administrativa regulada en el artículo 404 del CP, por ello compartirán como elementos comunes, por un lado, el tipo de sujeto activo –autoridad o funcionario público- y, por otro, la realización de la conducta injusta o arbitraria<sup>1158</sup>. Para la comisión de este delito no es preciso que se trate de un suelo especialmente protegido, no se exige ese plus, ha de ser simplemente contraria a la legalidad urbanística vigente, y no solamente contraria a las normas de planeamiento general de ordenación urbana, sino cualesquiera otras normas urbanísticas<sup>1159</sup>, y que por su ilegalidad e injusticia sea de entidad como para ser susceptible de reproche penal<sup>1160</sup>. A lo largo de este trabajo hemos mantenido que en los casos del artículo 319 CP, la normativa urbanística en vigor es tanto la autonómica como la supletoria estatal, sin embargo por normativa urbanística vigente en los supuestos del artículo 320, debemos entender que es la aplicable en el momento de su emisión del informe concreto, en el momento de la resolución, o en el momento de la concesión con independencia de que las circunstancias hayan cambiado en el futuro<sup>1161</sup>.

---

<sup>1158</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “*Delincuencia urbanística*”, en Derecho penal de la construcción, Editorial Comares, Granada, 2012, op. cit., pág. 82.

<sup>1159</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “*Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, en la Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios, pág. 283. Para esta autora, debe tenerse presente que el tipo del delito se refiere a cualquier instrumento del planeamiento, sin hacer distinciones, es decir, tanto al general como al derivado, tanto al aprobado por el planeador municipal como aquel cuya aprobación compete al correspondiente gobierno autonómico.

<sup>1160</sup> SAP de Málaga (Sección 2ª) de 25 de julio de 2006.

<sup>1161</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “*Delincuencia urbanística*”, en Derecho penal de la construcción, op. cit., pág. 88. Vid. también, SAP de Málaga 25 de abril de 2007.

Como recuerda VILLACAMPA ESTIARTE<sup>1162</sup>, a partir de la Ley Orgánica 5/2010 se ha reformado el artículo 320 del CP, constituyendo la figura delictiva en la que se ha pretendido focalizar la lucha contra la corrupción urbanística, puesto que el elenco de objetos sobre los que cabe emitir informes favorables o resolver o vota a favor se ha incrementado sustancialmente, cuando menos en aquellas actividades que se hallan en un estadio anterior de urbanización a la obtención de licencias urbanísticas. Además esta reforma del CP incorpora dentro del tipo a los “*que con motivo de inspecciones hayan silenciado la infracción de dichas normas o que hayan omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio*”<sup>1163</sup>, así como también se ha elevado la pena de estos sujetos activos, pues a partir de ahora la pena de prisión prevista va de un año y seis meses a cuatro años, y la pena de inhabilitación de diez años, que en vez de ser una inhabilitación para el ejercicio de la profesión, ha cambiado y ahora se trata de una inhabilitación para el ejercicio de la función pública<sup>1164</sup>. Para RÓDENAS MOLINA<sup>1165</sup>, con la nueva reforma se ha querido corregir, con este notable aumento de las penas privativas de libertad, la sensación de impunidad que llevaba aparejada este tipo de

---

<sup>1162</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “*Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit., pág. 281.

<sup>1163</sup> Vid. LOZANO CUTANDA, Blanca, “*Delitos contra la ordenación del territorio y prevaricación urbanística*”, Diario La Ley, núm. 7534, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2010, año XXXI, editorial La Ley, pág. 6. La tipificación de la ocultación de actos ilícitos observados por la inspección y de la omisión de inspecciones de carácter obligatorio venía siendo demandada por la doctrina como muy necesaria, atendiendo a la especial posición de garante de la legalidad que ostenta la Administración en este ámbito.

<sup>1164</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, José María (Dir.), “*El nuevo Código Penal*”, en Comentario a la reforma, La Ley, Madrid, 2012, pág. 505. El legislador atiende a las observaciones formuladas por la doctrina como consecuencia de la comparación entre la prevaricación urbanística y la prevaricación medioambiental en la que sí figuraban los comportamientos que ahora se incluyen en el art. 320 CP.

<sup>1165</sup> RÓDENAS MOLINA, Javier, “*Los delitos contra la ordenación del territorio y las prevaricaciones urbanísticas tras la reforma del Código penal en la LO 5/2010*”, Revista Jurídica de Canarias núm. 31/2011, pág. 22.

delitos en que ni siquiera se condenaba al alcalde prevaricador con pena de prisión, sino con una multa al poder optar el órgano decisor entre la alternatividad de la pena privativa de libertad y la de multa. Con la nueva redacción, si la autoridad o funcionario público es condenado, como mínimo se le impondrá un año y seis meses de prisión, por lo que la pena recobra mayor función disuasoria y no queda en algo meramente simbólico, carente de cualquier efecto intimidador.

A pesar de que la reforma operada por la LO 5/2010 ha criminalizado la conducta del funcionario que silencie la infracción de las normas urbanísticas, o la omisión de la realización de inspecciones de carácter obligatorio, subsanando una de las lagunas detectadas en la regulación anterior, también es verdad nuestros legisladores deberían de haber tipificado expresamente la conducta del funcionario que emite desfavorablemente,<sup>1166</sup> respecto a la concesión de una licencia siendo ésta procedente<sup>1167</sup>. Estamos de acuerdo con lo que señala DE ALFONSO LASO<sup>1168</sup>, al manifestar que el legislador exige que el informe tenga carácter favorable, siendo atípicas por tantos aquellas conductas que, contrariando las normas, suponen la emisión del informe desfavorable en relación con los proyectos de edificación, o con la concesión de las licencias que se someten a la consideración del mismo, pues en nuestra

---

<sup>1166</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, *“Delitos urbanísticos”*, CEDES Derecho Penal, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 1997, pág. 351, Vid. también, DE LA MATA BARRANCO, Norberto, J., *“Los delitos sobre la ordenación del territorio tras la reforma de la LO 5/2010”*, Cátedra Cantabria 2010, Junio, 2011, pág. 8.

<sup>1167</sup> Vid. MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, *“Delitos contra la ordenación del territorio”*, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, pág. 311. Vid. también, MUÑOZ CONDE, Francisco, *“Derecho Penal. Parte Especial”*, Editorial Tirant lo Blanch, 18ª edición, pág. 573.

<sup>1168</sup> DE ALFONSO LASO, Daniel, *“Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio”*, Cuaderno de Derecho Local (QDL), núm. 26, junio de 2011, pág. 98.

opinión si se emite el informe no favorable, éste nunca tendrá consecuencias negativas para la ordenación del territorio y el urbanismo. Así mismo, el legislador también ha perdido la oportunidad de castigar casos muy frecuentes de actuación colegiada cuando la conducta de la autoridad o funcionario público, se abstenga, al votar<sup>1169</sup> a sabiendas que habrá mayoría y el proyecto será aprobado aun sin su votación<sup>1170</sup>.

En nuestra opinión otro de los aciertos que ha traído esta nueva reforma es la agravación de la pena de prisión y la aplicación acumulativa de esta pena con la de multa, pues a partir de ahora no solo se eleva la duración de las penas<sup>1171</sup> de prisión e inhabilitación, sino que si bien antes de la reforma de 2010 la pena de prisión y multa eran alternativas, ahora se prevé su aplicación conjunta<sup>1172</sup>, pues con anterioridad a la LO 5/2010, no se podía comprender el privilegio<sup>1173</sup> punitivo que gozaban los autoridades y funcionarios públicos por las conductas delictivas previstas

---

<sup>1169</sup>Vid. DE LA MATA BARRANCO, Norberto, J. “*Los delitos sobre la ordenación del territorio tras la reforma de la LO 5/2010*”, op. cit., pág. 9.

<sup>1170</sup> Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “*Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit., pág. 281.

<sup>1171</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, José María (dir.), “*El nuevo Código Penal*”, op.cit., pág. 507. El aumento de las penas también ha afectado al delito de prevaricación específica, ahora la pena prevista para este delito es la misma que al del art. 319.1, en cambio en la regulación anterior era la misma que al establecida en el 319.2. Pero en el caso de la prevaricación se establece una pena privativa de libertad única que es superior a la que correspondería por el 319.2 en concurso con el 404. Vid. también, DE LA CUESTA AGUADO, Paz, “*Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, en *Derecho Penal Español*, Parte Especial, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 989.

<sup>1172</sup> Vid. SOUTO GARCÍA, Eva María, “*Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*” op. cit., págs. 141 y ss.

<sup>1173</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, “*Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995*”, op. cit., pág. 325. Este autor también crítica el privilegio que tiene los sujetos activos del artículo 320 del CP con respecto a los del artículo 319 CP, al señalar que: Lllaman, con todo, en este punto la atención la diferencias en el marco penal previsto que, además de colocar a la multa como alternativa a la privación de libertad (en el artículo 319 se imponen ambas), prevé para ésta un límite máximo inferior al del artículo 319.1, lo que puede acabar siendo un privilegio, a pesar de la importante duración de la inhabilitación especial.



en el artículo 320 del CP, pues estos sujetos activos se le imponían penas de menor gravedad con respecto a los que cometían los delitos contemplados en el artículo 319 del CP. Aunque en realidad esta desproporción no se ha eliminado en su totalidad, dado que tras esta reforma todavía existe disparidad en la pena de multa impuesta entre el artículo 320 y el 319, toda vez que en ese último precepto la multa para el particular puede ser proporcional al beneficio obtenido y sin embargo esta regla no es de aplicación a la autoridad o funcionario<sup>1174</sup>. En nuestra opinión estamos totalmente de acuerdo con BLANCO LOZANO<sup>1175</sup>, cuando señala que debería ser al contrario, puesto que autoridad o funcionario público, precisamente por la propia razón de ser de su ejercicio, cual es el de servir al interés general de la colectividad de ciudadanos y ello objetivamente y con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, debería de ser castigada en estos casos con mayor severidad que el particular, cuyo ejercicio profesional en el ámbito urbanístico se mueve exclusivamente por intereses económicos, sin que se halle tal particular vinculado por estatuto especial alguno al interés general de los ciudadanos.

---

<sup>1174</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, “*Derecho penal. Parte especial*”, op. cit., pág. 577. Vid. también, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “*Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit., pág. 280.

<sup>1175</sup> Vid. BLANCO LOZANO, Carlos, “*El delito urbanístico*”, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 2001, pág. 176.

## II. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO DEL ART. 320 CP

El Código Penal considera funcionario público a todo el que, por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente, participe en el ejercicio de las funciones públicas. En este mismo sentido y triple modo de acceso a la condición como funcionario se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de octubre de 1993, cuando señala que, de acuerdo con el artículo 103.3 de la Constitución de 1978, la ley regulará el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad de acuerdo con las siguientes vías:

- a) Por disposición inmediata de la Ley.
- b) Por elección conforme a las normas electorales pertinentes.
- c) Por nombramiento de autoridad competente.

Para conceptualizar al funcionario público en el tipo delictivo del artículo 320, se puede exigir tres elementos:

- a) Un elemento *subjetivo*, por el cual la función pública es la actividad llevada a cabo por un ente de carácter público.
- b) Un elemento *objetivo* que define la función pública como actividad realizada mediante actos sujetos al Derecho público.
- c) Un elemento *teleológico*, según el cual la función pública es aquella actividad en la que se persiguen fines públicos.

La condición de funcionario público, para el derecho penal, nace de un doble requisito<sup>1176</sup>: El origen del mandato y el contenido de la actividad que una persona desarrolla, lo cual le dota de unos perfiles específicos que lo diferencian del concepto propio del Derecho Administrativo de funcionario. El Tribunal Supremo<sup>1177</sup> ha entendido que los conceptos penales en ningún caso son tributarios de los conceptos propios del Derecho Administrativo, por el hecho de que son dos campos del ordenamiento jurídico independientes, y que persiguen fines diferentes. Este planteamiento ha permitido englobar penalmente, dentro del concepto de funcionario público, a todos los que desempeñan una tarea o función pública. En nuestra opinión consideramos que el término funcionario es más amplio que el de la propia autoridad toda vez que incluye a todos aquellos que participan del ejercicio de funciones públicas. Pues como nos recuerda POMARES CINTAS/ BERMEJO CHAMORRO<sup>1178</sup>, el carácter autónomo del concepto penal de funcionario público, siendo más amplio respecto del que maneja el Derecho Administrativo, no atiende a las notas de incorporación, o permanencia en la función pública, sino a la finalidad de proteger aquellos bienes jurídicos que se encuentran bajo la dependencia de aquél que participa de funciones públicas.

Existen otros tipos de personas que sin ser autoridad o funcionarios públicos están vinculados a las Administraciones Públicas, como pueden

---

<sup>1176</sup>Vid. GARCÍAS PLANAS Gabriel, *“El delito urbanístico (delitos relativos a la ordenación del territorio)”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 87.

<sup>1177</sup> STS (Sección 2ª) de 17 de mayo de 1985.

<sup>1178</sup> POMARES CINTAS, Esther/ BERMEJO CHAMORRO, Antonio, *“¿Era necesario reformar los delitos urbanísticos?, especial referencia a los delitos de corrupción urbanística y a su trayectoria jurisprudencia”*, op. cit., pág. 128. Vid también, GÓRRIZ ROYO, Elena, *“Los delitos de prevaricación urbanísticas”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 88.

ser los técnicos y asesores independientes<sup>1179</sup> que prestan sus servicios en las propias Administraciones con un contrato de servicios, y tienen entre sus atribuciones la emisión de informes, o proyectos urbanísticos, o la concesión de licencias. Pues bien, en nuestra opinión, estos sujetos deben de ser incluidos en el artículo 320 CP, toda vez que en el concepto de funcionarios públicos han de incluirse los llamados funcionarios de hecho que desempeñan una función pública, aunque no reúnan todas las calificaciones o legitimación requerida<sup>1180</sup>. Para un sector de la doctrina se discute si pueden ser sujetos activos del artículo 320 CP los técnicos externos que puedan contratar un ayuntamiento, como pueden ser arquitectos, aparejadores, etc. , considerándose incluido en el precepto siempre que estos sujetos se encuentren vinculados a la Administración por un contrato administrativo o laboral con designación oficial y jerárquicamente estructurada<sup>1181</sup>. Además existirán otros sujetos que aún participando en el ejercicio de funciones públicas (requisito material), y su incorporación haya sido por disposición inmediata de la ley o por elección (requisito formal), pueden no estar en la esfera jurídica del artículo 320 CP, toda vez que se puede dar el supuesto que no realicen actos con trascendencia para el bien tutelado o que no ocupe materialmente una posición idónea para lesionar o poner en peligro la ordenación del territorio y el urbanismo, como son los casos de los Ayuntamientos que contratan con empresas privadas la prestación de servicios de

---

<sup>1179</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *“Los delitos urbanísticos”*, Editorial Atelier, Barcelona, 2007, pág. 230. Vid. también, VERCHER NOGUERA, Antonio, *“Delitos contra la ordenación del territorio”*, El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales, Manual teórico práctico (IV), Recoletos Cía. Editorial, Madrid, 1996, pág. 555.

<sup>1180</sup> STS de 23 de mayo de 2005.

<sup>1181</sup> GORRÍZ ROYO, Elena, *“Los delitos de prevaricación urbanísticas”*, op. cit., págs. 255.

asesoramiento técnico, pudiendo emitir informes que condicionen la toma de decisiones contrarias a la normativa urbanística<sup>1182</sup>. Señala NARVAEZ RODRÍGUEZ<sup>1183</sup>, que deben de excluirse los asesores, expertos y técnicos que no ostenten la condición de funcionarios públicos, y también los visados que corresponde emitir a los Colegios de Arquitectos, pues no persiguen la finalidad de supervisar la legalidad, sino de control de la actividad de sus colegiados. Siguiendo a ALONSO COCELLÓN<sup>1184</sup> entendemos que los Colegios de Arquitectos son corporaciones de derecho público amparada por la Ley y reconocido por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, como puede ser, la ordenación del ejercicio de la profesión, la representación exclusiva de los arquitectos y la defensa de sus colegiados. De ahí que no sean Administraciones pública pues solamente desempeñan funciones públicas atribuidas por Ley o por delegación mediante actos concretos. Estos colegios profesionales tiene como objetivos la de llevar un control de la legalidad en materia urbanística, mediante el examen previo de los proyectos que les son sometidos por los propios colegiados, sirviendo de instrumentos preventivos y auxiliar de la disciplina urbanística de la Administración Local. Para esta autora, en ningún caso la actuación de los Colegios podrá sustraer el control urbanístico que ha de pasar

---

<sup>1182</sup> ALONSO COCELLÓN, Isabel, “*Protección penal del medio ambiente*”, en Examen de algunas actuaciones irregulares de funcionarios públicos en materia de ordenación del territorio y medio ambiente. Examen del artículo 320, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 de enero, Ref. 25/2001, pág. 25, tomo 1, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

<sup>1183</sup> NARVAEZ RODRÍGUEZ, Antonio, “*La responsabilidad de la Administración urbanística: el artículo 320 del Código Penal*”, Actualidad jurídica, 270, 21 de noviembre de 1996.

<sup>1184</sup> ALONSO COCELLÓN, Isabel, “*Protección penal del medio ambiente*”, en Examen de algunas actuaciones irregulares de funcionarios públicos en materia de ordenación del territorio y medio ambiente. Examen del artículo 320, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 de enero, Ref. 25/2001, pág. 25, tomo 1, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

obligatoriamente por el acto formal de concesión o en su caso denegación de la licencia urbanística, así como tampoco supondrá que en ningún caso supondrá la supervisión definitiva y sustitutoria de la Administración Local.

Para SOUTO GARCÍA<sup>1185</sup> entraña mayores problemas la figura del arrendamiento de servicio, que bien puede ser considerado sujeto idóneo para la comisión del delito como partícipe en el delito del art. 320.2, cuando el informe emitido sea tenido en cuenta por la autoridad competente a la hora de adoptar una resolución injusta. Pero para recurrir a la responsabilidad por la vía de la participación, deberá de probarse la ejecución dolosa<sup>1186</sup> por parte del funcionario o autoridad del que procede la resolución injusta<sup>1187</sup>, lo que equivale a demostrar la connivencia entre este último y el contratado externo.

Para GARCÍAS PLANAS, a efectos de derecho penal, alcaldes y concejales actúan como funcionarios. Si bien la jurisprudencia ha reconocido que funcionario y autoridad no son términos coincidentes,

---

<sup>1185</sup> SOUTO GARCÍA, Eva María, “*Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit., págs. 141 y ss. Vid. también DE LA MATA BARRANDO, Norberto Javier, “*El artículo 320.1: Prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas*”, *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Colección urbanismo y medio ambiente, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1998, pág. 163.

<sup>1186</sup> STS de 5 de mayo de 1995. La tipicidad subjetiva es necesaria la actuación dolosa del funcionario (a sabiendas de su injusticia), no estado prevista la comisión imprudente, sancionable sólo conforme a lo dispuesto en la normativa administrativa sobre disciplina urbanística.

<sup>1187</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “*Delincuencia urbanística*”, en *Derecho penal de la construcción*, Editorial Comares, Granada, 2012, pág. 84. En el tipo del 404 del CP no basta cualquier ilegalidad para justificar la intervención del Derecho penal, sino que debe tratarse de una contrariedad a Derecho que revista una gravedad especial, sin embargo en el caso del art. 320 CP una vez constatada la contradicción objetiva entre, por ejemplo, la licencia y la normativa urbanística será necesario constatar que aquella ha sido concedida de forma arbitraria, con desviación de poder, lo que significará que no ha obedecido al interés general sino a intereses particulares, ya estén relacionados con el otorgante o el beneficiario de la licencia o con terceras personas.

dado que el término funcionario es más amplio que el de autoridad, pues comprende todos aquellos que participan del ejercicio de funciones públicas, se halle o no investidos de autoridad. Por tanto todos aquellos que participan de la administración local, ya por elección, alcaldes o concejales, o por designación tienen la condición de funcionarios.

El delito del artículo 320, además de ser especial propio<sup>1188</sup>, es también un delito funcional que sólo puede ser cometido por un servidor público, pues el sujeto activo en estos tipos penales sólo puede ser la autoridad o funcionario público, habiendo llegado la jurisprudencia, en los delitos de funcionarios, como puede ser por ejemplo en la prevaricación o el cohecho, a incluir como funcionarios al personal laboral<sup>1189</sup>. Así mismo señala RUEDA MARTIN<sup>1190</sup>, que los delitos del artículo 320 CP son delitos especiales porque los bienes jurídicos que se protegen no se encuentran accesibles a todos, sino que sólo lo son de un modo especialmente relevante desde el interior de una determinada estructura social o institucional de carácter cerrado (estructura de dominio social). Ello fundamenta una relación específica de dependencia del bien jurídico respecto a un sujeto o clase de sujetos. Es decir, determinados bienes jurídicos son susceptibles de ser lesionados por aquel individuo que ejercita las funciones propias de un rol social en el sentido mencionado.

---

<sup>1188</sup> Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio*”, ref. Revista/Libro: Luzón Peña, D.M. (Dir), Enciclopedia Penal Básica, 2002, pág. 13. Vid. también, DE LA MATA BARRANCO, Norberto, J., “*Los delitos sobre la ordenación del territorio tras la reforma de la LO 5/2010*”, op. cit., pág. 8. Vid. también GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, “*El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 98.

<sup>1189</sup> STS de 25 de enero de 1994, Ar. 107.

<sup>1190</sup> RUEDA MARTIN, María Ángeles, “*Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal*”, Editorial Comares, Granada, 2010, pág. 32. Vid también, POMARES CINTAS, Esther /BERMEJO CHAMORRO, Antonio, “*¿era necesario reformar los delitos urbanísticos? especial referencia a los delitos de corrupción urbanística y a su trayectoria jurisprudencial*”, op.cit., pág. 128.

Por el contrario no se puede atribuir en el concepto lato de funcionario a una empresa que se dedica al asesoramiento urbanístico municipal o a los empleados de los Colegios Profesionales que se encargan del visado de los proyectos técnicos, pues a estos no se le puede atribuir como autores del delito, pero sí cooperadores necesario o cómplices<sup>1191</sup>.

Referente a los sujetos que tienen la cualidad jurídica de servidores públicos, es decir autoridad o funcionario público, tiene conceptuada la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>1192</sup> que esas definiciones, a efectos punitivos, son independientes de las conceptualizaciones que sobre tales figuras pueda efectuar el Ordenamiento Administrativo<sup>1193</sup>.

En referencia a esta diferencia y separación del Derecho penal y del administrativo, en la definición y consideración de ambas modalidades de servidores públicos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de mayo de 1992, considera que *“La cualidad de autoridad o de funcionario no acompaña al sujeto como estatuto personal, sino que se proyecta para lo que entraña interés público y para cuestiones puramente personales”*.

---

<sup>1191</sup> Vid. NARVAEZ RODRÍGUEZ, Antonio, *“La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el artículo 320 CP”*, Actualidad Jurídica Aranzadi de 21 de junio de 1996.

<sup>1192</sup> Vid. URRAZA ABAD, Jesús, *“Los delitos contra la ordenación del territorio tras la reforma del Código Penal operada mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”*, Editorial Tirant lo Blanch, pág. 17. Las referencias a los funcionarios públicos y a la autoridad deben interpretarse como verdaderos conceptos normativo. De este modo, tal como venía ocurriendo con carácter previo a la promulgación de la reciente reforma penal, dichos conceptos deben interpretarse de conformidad con las definiciones que, a efectos penales, aparecen recogidas en el artículo 24 del propio Código Penal. Vid. También, SSTTS de 27-03-1982, 25-06-1986 y 13-03-1992.

<sup>1193</sup> Vid. VALEIGE ÁLVAREZ, Inmaculada, *“El concepto de funcionario público en el Código Penal”*, en CPC, 1996, pp. 472 y s.



La definición de lo que el Código Penal vigente entiende como autoridad, como sujeto activo del delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo nos remite al artículo 24.1<sup>1194</sup> del mismo Cuerpo Legal, donde se establece que: “A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionario del Ministerio Fiscal”. Para BOLDOVA PASAMAR<sup>1195</sup>, en referencia a ese precepto, se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de junio de 1986, caracteriza el concepto de autoridad, el hecho de *tener mando o ejercer jurisdicción, es decir la legítima posesión de una determinada fuerza coactiva*.

Podemos entender por *tener mando* como la facultad de disponer, obligando con ese mando a los ciudadanos, con capacidad de imponer el cumplimiento de lo ordenado en el ámbito público.

Nos llama la atención que nuestra jurisprudencia no considere como autoridad a los tenientes de alcalde o a los concejales, a pesar de que los

---

<sup>1194</sup> Vid. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, “El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 69. Vid. también, CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro Javier, “El delito contra la ordenación del territorio tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal”, op. cit., pág. 83.

<sup>1195</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Los delitos urbanísticos”, op. cit., pág. 228.

mayores delitos contra la ordenación del territorio se producen en los municipios en los que tienen estos sujetos delegadas competencias en materia de urbanismo, siendo estos sujetos incardinados como *funcionarios públicos*, pero a pesar de ello, nunca se vería anulada del tipo delictivo del artículo 320, toda vez que esta normativa contempla las dos modalidades, es decir autoridad y funcionario público<sup>1196</sup>, como sujeto activo del delito urbanístico cometido por estos servidores públicos<sup>1197</sup>.

Como se ha comentado anteriormente los delitos que pueden cometer la autoridad o funcionarios públicos por las conductas típicas del artículo 320 del CP, son llamados “*delitos especiales propios*”, pues estos sujetos activos además de estar investidos de autoridad o funcionarios públicos, deben tener las atribuciones de la emisión de informe o poder inspeccionar en el caso del apartado primero de este precepto, así como para poder votar o resolver a favor de la aprobación de instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación, o la concesión de las licencias de la ordenación territorial o urbanística vigente<sup>1198</sup> en el caso del apartado segundo del

---

<sup>1196</sup> Artículo 24.2 CP: “*Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas*”.

<sup>1197</sup> Concordancias:

- a) Anterior artículo 119 del Código Penal de 1973.
- b) El artículo 281.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- c) Los artículos 8 y 9 del Código Penal Militar.
- d) El artículo 135.1 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.
- e) El artículo 7 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpo de Seguridad (L.O. 2/1986).
- f) El artículo 23 de la Ley 50/1981 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- g) El artículo 33.1 de la Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres.

<sup>1198</sup> STS 12 de noviembre de 1997. Para que un Plan nuevo esté vigente ha de haberse publicado sus normas urbanísticas de conformidad con lo establecido en el artículo 70.2 de la Ley 7/1985, por lo que si no fueron publicadas rige el planeamiento anterior al aprobado.

artículo 320. Este proceso de concesión de licencia es bifásica<sup>1199</sup>, pues en una primera fase tenemos a los sujetos activos que informan lo que les compete a los facultativos (arquitectos, asesores jurídicos, etc.)<sup>1200</sup>, y en una segunda fase se encuentran los que realizan las votaciones y resuelven, como órganos colegiados otorgantes, como puede ser el Pleno Municipal o la Juntas de Gobierno local integrados por alcaldes<sup>1201</sup> y concejales<sup>1202</sup>.

De la nueva redacción dada por la LO 5/2010 al artículo 320.2, podemos extraer como autoridad al servidor público que, por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado,<sup>1203</sup> haya resuelto o votado a favor de algún proyecto o licencia urbanística contenida en el apartado primero de este precepto, pues bien este grupo de sujetos activos estaría integrado en un principio por alcaldes y concejales, dado que estos individuos tienen mando o pueden ejercer jurisdicción propia, como miembros de una corporación u órgano colegiado<sup>1204</sup>. La competencia de

---

<sup>1199</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 346. Observa esta autora, que la finalidad del legislador ha sido separar en los preceptos distintos (los números 1 y 2 del artículo 320) las dos fases claramente diferenciada, que son necesarias hasta la efectiva concesión de un licencia, como fiel reflejo de la tramitación que según la legislación del régimen local (al que está sometido el procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas, según lo establecido en el artículo 4 del RDU) ha de llevar el proceso de concesión de la licencia. Vid. también, Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “*Delincuencia urbanística*”, en *Derecho penal de la construcción*, op. cit., pág. 85.

<sup>1200</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 229. Se incluyen en la autoría del delito los asesores técnicos y jurídicos perteneciente a la Corporación, tanto sin son funcionarios públicos en el sentido del Derecho Administrativo, como si revisten la condición de personal laboral.

<sup>1201</sup> STS 1127/2009 de 27 de noviembre. Se condena a un alcalde como autor de un delito urbanístico que induce a un funcionario a cometer un delito de prevaricación.

<sup>1202</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 351.

<sup>1203</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “*idem*”. Para esta autora el artículo 320 CP, se aleja del criterio que utiliza la legislación urbanística, en la medida en que se sustituye la referencia a los “miembros de la corporación” por los “miembros de los organismo colegiado”, concepto éste más amplio

<sup>1204</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 231.

estos sujetos se encuentra regulado en el artículo 21.1.q) de la Ley de Bases del Régimen Local que establece que el alcalde es competente para el otorgamiento de licencia, excepto en los supuestos que las leyes sectoriales lo atribuyan expresamente al Pleno<sup>1205</sup> o a la Junta de Gobierno Local, aunque dichas competencias pueden ser delegadas en los Tenientes de Alcalde<sup>1206</sup>, o en las Gerencias de Urbanismo<sup>1207</sup>. Aunque la competencia para el otorgamiento de licencias corresponde como norma general a las Entidades Locales o Ayuntamientos, nada obsta para que se puedan delegar dichas competencias en las Gerencias de Urbanismo. Con carácter general la persona que tiene atribuida la competencia para la aprobación de este tipo de licencias municipales es el Alcalde<sup>1208</sup>, por lo que la existencia de una votación en Pleno, en un principio sería irrelevante a los efectos del tipo del artículo 320.2 salvo que las ordenanzas o las leyes sectoriales atribuyan la competencia expresamente al Pleno o a la Junta de Gobierno Local, en cuyo caso la votación tendría relevancia para el tipo delictivo<sup>1209</sup>. Si el alcalde delega la potestad de conceder las licencias urbanísticas en la Junta de Gobierno Local, el propio alcalde presidirá este órgano colegiado y estará integrado por los concejales que

---

<sup>1205</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 361.

<sup>1206</sup> Vid. VALERA ESCOBAR, Ginés, “*Las licencias urbanísticas de obras y de primera ocupación*”, Manual práctico de Derecho urbanístico de Andalucía, Diputación de Granada, Granada, 2010, pág. 901.

<sup>1207</sup> Vid. SAP de Málaga núm. 256/2007 de 25 de abril.

<sup>1208</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio/FARRÉZ DÍAZ, Esteban, “*Los delitos relativos a la ordenación del territorio*”, op. cit, pág. 177.

<sup>1209</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 231.

éste nombre libremente, con un límite que no puede ser superior al tercio del número legal de miembros de la Corporación Municipal<sup>1210</sup>.

Sostiene ACALE SÁNCHEZ<sup>1211</sup>, que a pesar de que el artículo 14.4 del Reglamento de Disciplinas Urbanística de Andalucía dispone que los colegios profesionales correspondientes que tuvieran encomendado el visado de los proyectos técnicos precisos para la obtención de licencias, denegarán el visado cuando no reúnan los requisitos formales y materiales previstos en la normativa correspondiente, esta autora niega la intervención de los Colegios Profesionales como sujetos activos del artículo 320.2 del CP, con el entendimiento de que aunque se configuren como un informe, ciertamente preceptivo<sup>1212</sup>, carece en todo caso de valor vinculante<sup>1213</sup> para el Ayuntamiento, en la medida en que la negativa del visado colegial en modo alguno puede impedir la incoación del correspondiente procedimiento administrativo sobre el otorgamiento de licencias<sup>1214</sup>. Distintos son los supuestos en los que exista confabulación entre el facultativo del colegio profesional y el funcionario informante, o la autoridad que vota o resuelve para la perpetración del delito, pudiendo

---

<sup>1210</sup> Vid. artículo 23 de la Ley de Base del Régimen Local, y artículo 52 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades.

<sup>1211</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op.cit., pág. 318.

<sup>1212</sup> Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, “*La regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: La prevaricación*”, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág.44.45.

<sup>1213</sup> GARCÍAS PLANAS Gabriel, “*El delito urbanístico (delitos relativos a la ordenación del territorio)*”, op.cit., pág. 94.

<sup>1214</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 232. Opina este autor, que el visado no impide la presentación del proyecto ni la concesión de la autorización.

aquel incurrir en calidad de cómplice, al no ser determinante la decisión final que adopte el funcionario facultativo informante<sup>1215</sup>.

Otros de los supuestos que tampoco tendría cabida dentro del tipo delictivo del artículo 320 CP, sería la prestación de servicios en una Administración, en la gestión de sociedades mixtas, pues esta delegación de competencias no significa que los empleados estén investidos de autoridad o tengan la cualidad de funcionarios públicos, dado que sus directivos o gerentes de este tipo de gestión pública de sociedades de capitales mixtos actúan como mandatarios de la Administración, toda vez que las funciones típicas del artículo 320 CP son el desempeño de una función pública siendo titular la propia Administración, siendo igualmente estas materias indelegables<sup>1216</sup>.

## 1. Bienes jurídicos protegidos

En los delitos tipificados en el artículo 320 del CP que pueden cometer las autoridades y funcionarios públicos al tener un carácter pluriofensivo,<sup>1217</sup> el bien jurídico que se quiere proteger es plural<sup>1218</sup>. Pues

---

<sup>1215</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op.cit., pág. 319.

<sup>1216</sup> MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, “Delitos urbanísticos, en empresa y delitos en el nuevo Código Penal”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1997, pág. 190.

<sup>1217</sup> Vid. SOUTO GARCÍA, Eva María, “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit., págs. 141 y ss. Vid. también, Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “Delincuencia urbanística”, en Derecho penal de la construcción, op. cit., pág. 84.

<sup>1218</sup> Vid. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, “El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio”, op.cit., pág. 73 y ss. Vid también, ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op.cit., pág. 307 y GÓRRIZ ROYO, Elena, “Los delitos de prevaricación urbanística”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 125.

cuando estos sujetos activos que, a sabiendas de su injusticia, informan favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o conceden licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes, o que con motivo de inspección, silencien la infracción u omitan la realización de inspecciones de carácter obligatorio, así como si estos mismos sujetos por sí mismos o como miembros de un órgano colegiado resuelvan o voten a favor de estos instrumentos o licencias urbanísticas, también a sabiendas de su injusticia, además de violar el bien jurídico función pública, en su condición de servidores públicos, también están lesionando con su actuación delictiva la ordenación territorial y el urbanismo<sup>1219</sup>. Señala GARCÍAS PLANAS, que el nuevo tipo penal del artículo 320 tiene un doble desvalor, el que se deriva de la lesión al bien jurídico protegido, en este caso la ordenación del territorio, y por otro lado la lesión del correcto funcionamiento de la Administración Pública. En parecidos términos se pronuncia CALDERÓN CEREZO/ CHOCLÁN MONTALVO<sup>1220</sup>, al manifestar que en el artículo 320 se tipifica una serie de conductas que afectando al bien jurídico ordenación del territorio, inciden también en el adecuado funcionamiento de la Administración Pública<sup>1221</sup>.

---

<sup>1219</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, *“Memento práctico penal 2011”*, Ediciones Francis y Taylor, S.A., Madrid, 2010, pág. 1217. Para esta autora, se tipifica una prevaricación específica agravada, pues la sanción de la prevaricación administrativa urbanística es mayor que la prevista para la prevaricación administrativa genérica. Esa mayor pena pone de relieve que el CP art. 320 contiene un delito pluriofensivo, pues en él se protegen dos bienes jurídicos diferentes.

<sup>1220</sup> CALDERÓN CEREZO, Ángel/ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *“Código penal comentado”*, Ediciones Deusto de Planeta Agostini Profesional y Formación, S.L., Edición 2004, pág. 695. Vid. CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro Javier, *“El delito contra la ordenación del territorio tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal”*, op. cit., pág. 83.

<sup>1221</sup> Vid. LÓPEZ LAGO, Olga, *“Delitos urbanísticos”*, en Derecho urbanístico de Andalucía, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Editorial La Ley, Madrid, 2004, pág. 1192. Para esta

No entiende ACALE SÁNCHEZ<sup>1222</sup>, él por qué llevan aparejada la misma pena los sujetos activos del apartado primero y segundo del artículo 320 del CP, considerando esta autora que la emisión de un informe es una conducta más lejana a la efectiva lesión del bien jurídico, que la votación o resolución de la concesión de una licencia contraria a la ordenación del territorio y el urbanismo.

## 2. La acción punible de la Autoridad o Funcionario Público.

La acción punible, prevista en el artículo 320.1 del Código Penal, consiste en haber informado favorablemente, es decir no castiga este precepto el informe desfavorable<sup>1223</sup>, aunque haya sido emitido a sabiendas de su injusticia, a no ser que se llegue a una resolución injusta, pudiendo incurrir en un delito de prevaricación del artículo 404 CP<sup>1224</sup>. Sobre el sentido de resolución injusta se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de octubre de 1993, declarando que *entiende la doctrina que es una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecta a los derechos de los ciudadanos, que está en contradicción con el ordenamiento jurídico positivo, de manera especial con la legalidad*

---

autora, el art. 320 del NCP tiene una doble finalidad, por una parte proteger la normativa urbanística y por otra preservar a la Función Pública en cuanto a su buen funcionamiento, la correcta y transparente marcha de la Administración.

<sup>1222</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op.cit., pág. 309.

<sup>1223</sup> GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “El delito urbanístico. Delitos relativos a la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 94.

<sup>1224</sup> Vid. CATALÁN SENDER, Jesús, “Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal”, op.cit., pág.496. El informe desfavorable, que enerva la responsabilidad penal, donde se advierte de la ilegalidad, ¿deberá ser realizado por escrito?, nada dice el art. 4.2 del RDU al respecto, por lo que cabría pensar que será la normativa interna de cada Administración la que dispondrá lo pertinente.



*administrativa (tanto sustantiva como procesal)*, que implique un incorrecto ejercicio de la función pública y que se desenvuelva dentro del ámbito administrativo, en cuanto, -según nuestra Constitución-, la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1º CE). La jurisprudencia ha declarado que únicamente puede ser reputada injusta la resolución que sea manifiestamente contraria a lo que requieran las normas aplicables, y siempre que no pueda atribuirse al acto una interpretación jurídica razonable (S. de 10 de noviembre de 1989). En cualquier caso, para que pueda estimarse cometido este delito, es preciso que no exista duda razonable acerca de que la resolución sea manifiestamente injusta, pues, en otro caso, desaparecería el aspecto penal de la infracción para quedar reducida a una mera ilegalidad a depurar en vía distinta de la penal.

Este tipo de informe podrá haber sido realizado bien mediante documento por escrito o verbal, ser vinculante o no vinculante<sup>1225</sup>, y haber sido elaborado tanto para la administración actuante como para una administración externa, como puede ser una Diputación Provincial, Mancomunidad o Comarca de Municipios integrados en las mismas o pequeños Municipios. No puede ser posible la omisión punible, dado que denotan un nítido carácter positivo y no negativo, de lo contrario sí será punible la comisión por omisión<sup>1226</sup>, dado que existen sujetos que tienen la

---

<sup>1225</sup> DE ALFONSO LASO, Daniel, “*Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio*”, op. cit., pág. 98. Es indiferente a efectos del tipo penal que el informe tenga o no carácter vinculante para quien deba de resolver la solicitud de la licencia.

<sup>1226</sup> Vid. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, “*El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*”, op.cit., pág. 82.

obligación jurídica de informar a tenor de lo establecido en el artículo 4.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística<sup>1227</sup>, pues este precepto exige informe técnico y jurídico en todas las licencias de obras<sup>1228</sup>.

En referencia a este delito, no sería tampoco punible la tardanza del funcionario en informar en el plazo establecido al efecto, pues no estaríamos hablando de la comisión por omisión, sino de negligencia que sería atípica, a no ser que el funcionario con su tardanza buscara sabiendas de su injusticia la aprobación ilegal, en cuyo supuesto está considerado el delito como de comisión por omisión.

Para algún sector de la doctrina no es adecuada la ubicación en el Código Penal la prevaricación específica del artículo 320, pues hay quien opina que su regulación dentro de los delitos contra la ordenación del territorio no aparece como la única posible, dado que la protección del urbanismo o de las normas del planeamiento urbanístico no se erigen como un único bien jurídico protegido en este tipo penal, sino que también perseguiría como tal, su ubicación, que quizás hubiese sido en el Título XIX del Libro II del Código, entre los delitos contra la Administración Pública<sup>1229</sup>.

---

<sup>1227</sup> Establece el artículo 4.2 del Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana, “En todo expediente de concesión de licencia constará informe técnico y jurídico, cuando la Entidad otorgante cuente con los servicios correspondientes o le sea posible contar con los de la Entidad comarcal o metropolitana en que esté integrada. Si la Diputación Provincial tuviese establecido servicio de asistencia urbanística a los Municipios, podrá solicitar el Ayuntamiento informe del mismo, si no contase con servicios técnicos o jurídicos propios”.

<sup>1228</sup> Vid. CATALÁN SENDER, Jesús, “*Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*”, op.cit., pág.496. Vid. también, Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “*Delincuencia urbanística*”, en Derecho penal de la construcción, op. cit., pág. 89.

<sup>1229</sup> BARRIENTOS PACHO, Jesús María, “*Delitos relativos a la ordenación del territorio*”, La Ley, Revista Jurídica Española de doctrina de jurisprudencia y bibliografía, Ref-351, Tomo núm. 6, año 1996, pág. 10.

### 3. La conducta típica del artículo 320 CP

El inicio de la conducta típica del artículo 320 CP da comienzo cuando el particular solicita a la Administración competente, bien se trate de un Ayuntamiento o Gerencia de Urbanismo, etc., la licencia de acto de uso del suelo de construcción, urbanización o edificación<sup>1230</sup>. Una vez que el promotor ha presentado la solicitud de licencia a la Administración concedente, el funcionario que tenga atribuida la competencia debe de emitir el correspondiente informe.

Se hace necesario que se realice la acción típica, que en el caso del artículo 320.1 CP, se trata de una modalidad agravada del delito de prevaricación genérica del artículo 404, que consiste en realizar a sabiendas de su injusticia, la emisión de informe favorable sobre *instrumentos de planeamiento, proyecto de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes, o bien que la autoridad o funcionario público con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio*. Pues bien, la emisión de ese informe favorable que contraviene las normas urbanísticas, debe existir incorporado al expediente administrativo correspondiente. Sin embargo, la acción típica del segundo apartado del artículo 320 CP, consistirá cuando la autoridad o funcionario que por sí mismo, o como

---

<sup>1230</sup> Artículo 9.1 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales: Se presentarán en el Registro General de la Corporación, y si se refirieren a ejecución de obras o instalaciones, deberán acompañarse proyecto técnico con ejemplares para cada uno de los Organismos que hubieren de informar la petición. Vid. también el artículo 264.2 TRLSOU (Declarado inconstitucional por la STC 61/1997, de 20 de marzo).

miembro de un organismo colegiado resuelva<sup>1231</sup>, o vote a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o concesión de licencias. Como podemos observar no es típica la figura de aquellos que, a sabiendas de su injusticia, se abstengan de votar con el convencimiento de que prosperará la concesión de la licencia con el juego de la mayoría<sup>1232</sup>.

La conducta criminal del artículo 320 CP no se puede materializar si antes no se desarrolla una función que materialmente está bajo el control del sujeto cualificado<sup>1233</sup>, toda vez que este ilícito dimana del ejercicio de unas funciones específicas que sólo son ejecutadas por individuos que gozan de dominio en el ámbito social o institucional en la esfera jurídica donde se encuentra el bien protegido, siendo estos sujetos los idóneos<sup>1234</sup> para poder poner el peligro el bien jurídico tutelado.

También llama la atención que no se castigue la conducta del funcionario público o autoridad que, a sabiendas de su injusticia, informa desfavorablemente proyectos urbanísticos o licencias que no contravengan la normativa urbanística vigente. Pues bien, aunque no se incluyan en el círculo de las figuras típicas del 320 CP, entendemos que como van estas

---

<sup>1231</sup> DE ALFONSO LASO, Daniel, “*Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio*”, op.cit., pág. 98. La resolución implica una declaración de voluntad definitiva, mientras que el informe será siempre la expresión tan solo de un juicio o de un conocimiento que emite quien no tiene capacidad ni poder de decisión para resolver sobre el asunto.

<sup>1232</sup> Vid. CALDERÓN CEREZO, Ángel/ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, “*Código penal comentado*”, op. cit., pág. 695. Vid. también, GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, “*El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*”, op. cit., pág.92.

<sup>1233</sup> Vid. POMARES CINTAS, Esther/ BERMEJO CHAMORRO, Antonio, “*¿Era necesario reformar los delitos urbanísticos?*”, op. cit. pág. 128.

<sup>1234</sup> SAP de Málaga (Sección 2ª), núm. 256/2007 de 25 de abril.

conductas en contra de la legislación urbanística, deberán de ser castigadas estas acciones punibles como prevaricación genérica del artículo 404 CP<sup>1235</sup>. En este sentido opina SOUTO GARCÍA<sup>1236</sup>, que la doctrina considera adecuado restringir la aplicación del tipo penal a los casos en que el informe puede influir de forma efectiva en la resolución autorizadora, en la medida en que la resolución injusta se manifiesta como consecuencia directa o necesaria del informe, solo entonces puede decirse que la emisión del informe tiene capacidad de incidir sobre el bien jurídico protegido<sup>1237</sup>.

El legislador ha omitido en el artículo 320.1 CP incriminar la conducta de la autoridad o funcionario público que informa favorablemente la concesión de licencias para demoler edificios singularmente protegidos, que aunque esta conducta no está incluida en ese precepto, si está contemplada en el círculo del tipo del 320.1 CP, pues este precepto castiga al funcionario público o autoridad que emite informe de licencia que contravengan las normas de la ordenación territorial y el urbanismo. Por ello, si el funcionario público o autoridad emite informe favorable al proyecto de derribo de un edificio singularmente protegido, le será aplicable el artículo 322 CP, y sin embargo, si el informe favorable lo es para la concesión de la licencia de la propia demolición. la conducta de esto sujetos informantes estarán incluida en el artículo 320<sup>1238</sup>.

---

<sup>1235</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 351.

<sup>1236</sup> SOUTO GARCÍA, Eva María, “*Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit., págs. 141 a 176.

<sup>1237</sup> AAP de Girona (Sección 3ª), núm. 265/2000 de 23 de junio. Un informe no constituye ninguna resolución, no posee en sí mismo contenido ejecutivo.

<sup>1238</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 350.

No se comprende cómo puede llevar aparejada una penalidad mucho mayor las conductas ilícitas que realicen los funcionarios cuando informen favorablemente proyecto incluidos tanto en artículo 320 como 322 CP, pues entendemos que será más importante la protección de los edificios singularmente protegidos, de ahí, que entendamos que la penalidad del artículo 322 debió ser más agravada que la del 320, toda vez que con el derribo o la alteración de un edificio singularmente protegido se le causaría un daño irreparable al Patrimonio Histórico Inmobiliario. A mayor abundamiento con lo anterior, con la reforma operada mediante la LO 5/2010, que da nueva redacción al artículo 320 CP, se ha procedido a gravar aún más la penalidad para los sujetos activos que informen favorablemente licencias o proyectos<sup>1239</sup> urbanísticos, pero sin embargo, el artículo 322 ha quedado inalterado provocando una desprotección aun mayor al Patrimonio Histórico Inmobiliario<sup>1240</sup>.

#### **4. Informe favorable del artículo 320.1 CP**

El Código Penal incrimina la conducta de la autoridad o funcionario público que emita informe favorable a los proyectos de edificación, o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes<sup>1241</sup>.

---

<sup>1239</sup> Vid. CATALÁN SENDER, Jesús, “*Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*”, op.cit., pág.496. Se habla de “proyectos”, aunque a veces, por la diferencia de cuantía, en la Administración sólo se exigen las llamadas memorias valoradas firmadas por técnico competente y, por ejemplo una vez concedida la subvención, se elabora y aprueba el proyecto.

<sup>1240</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op.cit., pág. 321.

<sup>1241</sup> Vid. CATALÁN SENDER, Jesús, “*Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*”, op.cit., pág.496, para este autor, En principio, de conformidad con lo previsto en la legislación española, las autoridades no deben informar en prácticamente ningún caso por imperativo legal.

Como ya hemos apuntados anteriormente, la emisión de estos informes pertenecen a la primera fase del procedimiento de concesión de una licencia previa a la resolución para su otorgamiento<sup>1242</sup>, es decir se produce una anticipación de la barrera punitiva y previa a la posterior resolución<sup>1243</sup>.

El informante es la persona que tiene la decisión más importante sobre si se aprobará o no el proyecto o la concesión de la licencia, y en su consecuencia en multitud de ocasiones es quien posee el dominio del hecho que conllevará la realización de lo proyectado o lo autorizado. En opinión de POMARES CINTAS/ BERMEJO CHAMORRO<sup>1244</sup>, la conducta consistente en emitir un informe favorable contrario a la normativa urbanística que posibilitaría una ulterior resolución injusta, es una forma de participación que se ha elevado a la categoría de autoría en el art. 320 CP, se convierte en un elemento esencial del tipo, siempre que recaiga sobre los supuestos contemplados expresamente en el apartado 1º, porque si la conducta no se ajusta a esos términos, aunque sea contraria a la legalidad urbanística y afecte gravemente a la ordenación del territorio, sólo podría ser castigada, en su caso, a título de participación dolosa en el delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP). El dolo del autor debe de abarcar sin solución de continuidad, dentro del plan unitario, la

---

<sup>1242</sup> Vid. DE LA MATA BARRANDO, Norberto Javier, “*El artículo 320.1: Prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas*”, *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Colección urbanismo y medio ambiente, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1998, pág. 143. Vid también, Artículo 9.1.1 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

<sup>1243</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “*Delincuencia urbanística*”, en *Derecho penal de la construcción*, op. cit., pág. 85.

<sup>1244</sup> POMARES CINTAS, Esther/ BERMEJO CHAMORRO, Antonio, “*¿Era necesario reformar los delitos urbanísticos?*”, op. cit. pág. 131.

irregularidad en el informe, la consiguiente resolución administrativa y el final quebrantamiento de la ordenación territorial<sup>1245</sup>, es decir nos encontramos ante un delito que sólo permite la modalidad dolosa *a sabiendas*, siendo atípica en los casos de que el informante se equivocara sobre la adecuación o inadecuación del informe conforme a derecho<sup>1246</sup>. En el supuesto de que la autoridad o funcionario público emita el informe favorable contraviniendo la legalidad urbanística y el órgano que otorga la licencia la conceda con buena fe y con la creencia de que la misma se adecuaba al derecho urbanístico, se sancionara tan sólo la conducta del informante, no así la del órgano competente que otorgó la licencia. *A sensu contrario*, si el informante emite el informe desfavorable contrario a la normativa urbanística, y el órgano que resuelve concede la licencia solicitada haciendo caso omiso a los funcionarios que informaron negativamente la concesión, solamente sería responsable penalmente el órgano concedente, quedando impune los demás<sup>1247</sup>. Sin embargo, tanto la autoridad como funcionario público informante, como el órgano que concede la licencia, serán penalmente responsables si se informa y resuelve en contra de la normativa urbanística, es decir nos encontraríamos con dos delitos de prevaricación urbanística, uno del apartado primero del art. 320 y el otro penado por el apartado segundo.

En nuestra opinión los informes y dictámenes que emitan los órganos consultivos son actos de trámite, y en su consecuencia al ser susceptible de ulterior recurso independiente en relación con los actos de

---

<sup>1245</sup> STS 1127/2009 de 27 de noviembre.

<sup>1246</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “*Delincuencia urbanística*”, en Derecho penal de la construcción, op. cit., pág. 91.

<sup>1247</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “*ídem*”, pág. 91.



trámites, y no ser considerados como una resolución administrativa, entendemos que se escapan de la esfera jurídica de la jurisdicción penal, toda vez que estos tipos de informes y dictámenes contienen un juicio de valor y conocimiento que es emitido por quien no tiene ni poder ni capacidad decisoria para resolver.

En otro orden de cosas, el legislador exige que la emisión del informe que sea contrario a las normas urbanísticas vigentes sea favorable, no siendo típica las conductas que aunque sean contrarias a las legislación de la ordenación territorial, sean desfavorables en relación con las concesiones de licencias o proyectos de edificación, dado que el informe desfavorable<sup>1248</sup> no afectara al bien protegido ordenación del territorio y el urbanismo, pues si el mismo es negativo no procederá a favorecer la urbanización, construcción o edificación a que se refiere el tipo del artículo 319 CP<sup>1249</sup>. Esto no obsta, para que si el informe es desfavorable y contraviene el correcto ejercicio de la función pública, sea la autoridad o funcionario público inculcado a modo de participación en una prevaricación genérica del artículo 404 CP<sup>1250</sup>.

---

<sup>1248</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op.cit., pág. 324. Si se emite un informe desfavorable quedaría fuera del ámbito de la tipicidad y, todo lo más, podría dar lugar al castigo del funcionario informante como partícipe – complicidad, caso de no ser vinculante o cooperación necesaria, caso de serlo- de los funcionarios autores de conductas descritas en los números 1 ó 2 o del promotor, técnico director o constructor a través del art. 319. Vid. también, DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “*El esperado estreno del artículo 329 del Código penal*”, Estudios de Derecho ambiental, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág.889. Si el informe es desfavorable nunca será típica la conducta porque no afectaría al bien jurídico, de ahí que el tipo penal se refiera tan solo al informe favorable.

<sup>1249</sup> BOLDOBA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Delitos urbanísticos*”, op.cit., pág. 235. Para este autor, no será atípica informar negativa o desfavorablemente proyectos de edificación o denegación de licencias acordes con las normas urbanísticas vigentes, conducta que será atípica al no constituir tampoco prevaricación genérica (informa no es resolver; salvo que quien resuelva lo haga dolosamente, en cuyo caso el que informa podrá ser cómplice, inductor o cooperador necesario).

<sup>1250</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO Juan, “*Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente*”, Estudios Penales y Criminológicos, Tomo XX, 1997, pág. 311 a 323., Vid, también, DE LA MATA

En nuestra opinión existirá prevaricación administrativa urbanística aun cuando a pesar de la emisión de un informe contrario a la normativa urbanística, no tenga lugar la resolución o concesión de la licencia correspondiente<sup>1251</sup>. En sentido contrario es la opinión de GONZÁLEZ CAUSSAC<sup>1252</sup>, que considera que en los supuestos de informes favorables contra la normativa urbanística no seguidos de la concesión de licencia, constituirán una tentativa de prevaricación urbanística, y habrá consumación en el caso de que se hubiera incoado la construcción ilegal pese a la ausencia de licencia. Entendemos que no será típica cuando la conducta realizada por la autoridad o funcionario público, es la omisión de un informe que sea preceptivo, sin embargo en sentido contrario, será típica cuando con la omisión de la emisión, a sabiendas de su injusticia, no se proceda informar negativamente proyectos de edificación, o la concesión de licencias contrarios a las normas urbanísticas vigentes<sup>1253</sup>.

Con la nueva entrada en vigor de la LO 5/2010, se ha ampliado<sup>1254</sup> el número de elementos urbanísticos sobre lo que puede ser informado favorablemente objeto de la emisión del informe de los que hace

---

BARRANDO, Norberto Javier, “*El artículo 320.1: Prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas*”, op.cit., pág. 144. Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op.cit., pág. 324.

<sup>1251</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, “*El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*”, op. cit., pág. 98.

<sup>1252</sup> Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, “*idem*”, pág. 155.

<sup>1253</sup> Vid. BOLDOBA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Delitos urbanísticos*”, op.cit., pág. 236.

<sup>1254</sup> CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro Javier, “*El delito contra la ordenación del territorio tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal*”, op. cit., pág. 83. Los elementos objetivos del tipo se amplían considerablemente en la reforma dado que el objeto de los informes no sólo se refiere como hasta ahora a proyectos de edificación o concesiones de licencias, sino que se amplía dicho objeto a instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación y construcción. Existen sentencias absolutorias precisamente porque el objeto del informe no era una licencia sino, por ejemplo un estudio de detalle.

referencia el precepto del 320 CP<sup>1255</sup>. Con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley Orgánica, se hacía referencia al artículo 320 CP a la emisión de informes favorables de proyectos de edificación y concesión de licencia, y a partir de ahora también pueden ser objeto de informes los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación y los proyectos de construcción o edificación<sup>1256</sup>.

Aunque anterior a la reforma del CP por la LO 5/2010 estos nuevos tipos de conductas no se podían criminalizar en el tipo de prevaricación específica del artículo 320 CP, si tenía cabida su incriminación como prevaricación genérica del artículo 404 CP<sup>1257</sup>, al considerarse que la aprobación de estas figuras de urbanismo contravendrían el interés general a favor de intereses de personas particulares, al calificarse como resolución arbitraria emitidas a sabiendas de su injusticia<sup>1258</sup>.

La acción típica del artículo 320.1 sucede en el procedimiento previa al otorgamiento de la licencia o la aprobación del instrumento urbanístico, que consistirá en la emisión del informe favorable a sabiendas de su injusticia, y en su consecuencia se considerará conducta atípica el informe negativo o desfavorable<sup>1259</sup>. Esta últimas conductas además de no ser

<sup>1255</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op.cit., pág. 323.

<sup>1256</sup> Vid BOLDOBA PASAMAR, Miguel Ángel, “Delitos urbanísticos”, op.cit., pág. 237. Para este autor, las licencias a que se alude en el art. 320, puesto que han de ser contrarias a las normas urbanísticas vigentes, son lógicamente las licencias urbanísticas, quedando fuera otra clase de licencias relacionadas, tales como las licencias de actividad clasificada, de apertura, ocupación o de instalación. Vid. también, POZUELO PÉREZ, Laura, “Delincuencia urbanística”, en Derecho penal de la construcción, op. cit., pág. 94.

<sup>1257</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op.cit., pág. 325.

<sup>1258</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “Delitos de prevaricación administrativa en el ámbito urbanístico”, Memento penal 2011, op. cit., pág. 1218.

<sup>1259</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos urbanísticos”, op. cit., pág. 351.

típicas tampoco resultarán constitutivas de prevaricación genérica, dado que ahí lo que se realiza es la emisión de un informe no una resolución. Otra cosa resultaría que se decretara la resolución dolosamente<sup>1260</sup>, siendo el informante responsable a modo de cómplice, inductor o cooperador necesario<sup>1261</sup>. Este informe negativo o desfavorable se considera conducta atípica porque el funcionario o la autoridad con esta conducta no está afectando a la ordenación territorial y el urbanismo, toda vez que la acción de denegar la concesión de licencia lo más que puede suceder es que se afecte negativamente la función social del suelo, pues con este proceder se puede impedir la ejecución de obras de un hospital, un colegio público o cualquier otra dotación pública o equipamiento de interés social.

Como antes se ha apuntado con la modificación del artículo 320 de CP, por la LO 5/2010, se ha ampliado el número de instrumentos urbanísticos y licencias objeto de ser informadas favorablemente por la autoridad o funcionarios públicos. Para BOLDOVA PASARMAR<sup>1262</sup>, el ámbito de las licencias urbanísticas es más amplio que el de los proyectos de edificación, y aunque podría forzarse una interpretación sistemáticas con el objeto de que las licencias relevantes para el delito de prevaricación urbanística se circunscribieran a las licencias para edificar y para construir, en coherencia con los delitos urbanísticos del artículo 319 CP, y

---

<sup>1260</sup> Vid. En igual sentido CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro Javier, “*El delito contra la ordenación del territorio tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal*”, op. cit., pág. 83, al señalar que no cambia este elemento subjetivo en la nueva reforma, que además mantiene que deba cometerse “*a sabiendas de su injusticia*” es decir, sólo cabe su comisión dolosa y no culposa.

<sup>1261</sup> Vid. CATALÁN SENDER, Jesús, “*Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*”, op.cit., pág. 496. Para este autor, en esto tipo delictivo se eleva la responsabilidad del funcionario a la categoría de autor material del delito, pues si no estuviera este tipo penal sería a lo sumo cooperador necesario, aunque debe tenerse en cuenta que las penas del inductor, del cooperador necesario y del autor material del delito son las mismas.

<sup>1262</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 237.

en relación también con las clases de suelos y lugares en él consignados, lo cierto es que los actos de ejecución sujetos a licencia son muchos más.

En nuestra opinión y siguiendo la línea de este autor, las licencias urbanísticas objeto de inclusión en el tipo delictivo son además de la contenidas en el artículo 320 CP, todas aquellas en las que su concesión requieran un aprovechamiento o uso del suelo que ponga en peligro el bien jurídico protegido ordenación del territorio y el urbanismo<sup>1263</sup>.

En los procedimientos de concesión de licencia deberá constar siempre informe técnico y jurídico de los servicios municipales correspondientes, o en su defecto de las Diputaciones Provinciales<sup>1264</sup>. Este informe tiene como finalidad comprobar que el acto de la licencia es acorde con la legislación urbanística y la ordenación territorial. Los informes son documentos necesarios y obligatorios<sup>1265</sup>, debiendo los mismos incorporarse al expediente administrativo incoado por la Administración concedente. No es óbice para su emisión que la Corporación Local no cuente con el personal cualificado, porque en su defecto deberá ser emitido por los técnicos de la Diputación Provincial a la que pertenece la Administración Local<sup>1266</sup>.

---

<sup>1263</sup> CATALÁN SENDER, Jesús, “*El delito urbanístico ante las grandes líneas de la jurisprudencias urbanísticas*”, op. cit., pág. 592.

<sup>1264</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio/ FARRÉ DÍAZ, Esteban, “*Los delitos relativos a la ordenación del territorio*”, op. cit., pág.159, para estos autores, el informe técnico será emitido por el funcionario municipal con la cualificación técnica adecuada (arquitecto municipal, en tanto que el informe jurídico será competencia del servicio correspondiente, de existir éste).

<sup>1265</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, José María (dir.), “*El nuevo Código Penal*”, op. cit., pág. 506. La referencia a informes favorables, sin especificar si deben ser obligatorios y vinculantes o si también cabe incluir la realización de otro tipo de informes, puede plantear problemas interpretativos.

<sup>1266</sup> Vid. MARZO SOLÍS, Carmen, *Comentario al Decreto 60/2010 de 16 de marzo*, de Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma Andaluza, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2012, pág. 113. Vid. también, artículo 4.2 del Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento de Disciplina Urbanística.

De conformidad con lo establecido en el artículo 173 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, no será necesario el informe del secretario de la Corporación Local, excepto en los supuestos en que así lo ordenen el Presidente o cuando lo solicite un tercio de sus miembros con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubieren de tratarse los acuerdos municipales<sup>1267</sup>.

Para que pueda prosperar el tipo delictivo del artículo 320.1 CP será necesario que el contenido de la licencia o proyecto urbanístico contrario al planeamiento constituya, una infracción urbanística grave<sup>1268</sup> y que la misma sea manifiesta<sup>1269</sup>, es decir, la injusticia ha de ser relevante, flagrante y palmaria, debiendo ser la infracción evidente para cualquiera. En palabras de BOLDOVA PASARMAR<sup>1270</sup>, es obvia la necesidad de que la contradicción del informe con las normas urbanística tenga que ser manifiesta, clara, evidente, y además que la ilegalidad medida en

---

<sup>1267</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio/ FARRÉ DÍAZ, Esteban, “*Los delitos relativos a la ordenación del territorio*”, op. cit., pág.161.

<sup>1268</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto, J., “*Los delitos sobre la ordenación del territorio tras la reforma de la LO 5/2010*”, op. cit., pág. 10. Parece excesiva una actuación penal ante cualquier ilegalidad, por mínima que sea, si no es especialmente peligrosa para la garantía de la ordenación del territorio y el urbanismo.

<sup>1269</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio/ FARRÉ DÍAZ, Esteban, “*Los delitos relativos a la ordenación del territorio*”, op. cit., pág.156.

<sup>1270</sup> BOLDOVA PASARMAR, Miguel Ángel, “*Delitos urbanísticos*”, op.cit., pág. 244. En igual sentido, Vid. SIERRA LÓPEZ, María del Valle, “*La prevaricación específica del funcionario público en el marco de los delitos recogidos en el título XVI. Su relación con la prevaricación genérica del artículo 404 del Código Penal*”, Actualidad Penal, núm. 36, año 2000, pág. 733. Vid también, En igual sentido CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro Javier, “*El delito contra la ordenación del territorio tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal*”, op. cit., pág. 84. No debe ser una mera ilegalidad, sino que debe adolecer de una especial gravedad.

magnitudes de notoriedad y gravedad, puede versar sobre la competencia, el procedimiento o el contenido sustancial de la resolución.

Aunque inicialmente cualquier infracción a la normativa en materia de urbanismo podría integrarse en el tipo delictivo, como puede ser, informar proyectos de edificación, o licencias de obras que constituyan incumplimiento de las normas relativas a parcelaciones, uso del suelo, altura, volumen, parcelación urbanística, ejecutar obras de urbanización si haberse aprobado el PGOU, o proyectos de urbanización, no es menos cierto que en consideración con el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal, la protección de la Jurisdicción Penal no puede abarcar todas las vulneraciones y ataques<sup>1271</sup> que se produzcan al bien jurídico protegido, sino sólo las más graves<sup>1272</sup>, e intolerables conductas ilícitas<sup>1273</sup>. Siguiendo la observación de SOUTO GARCÍA<sup>1274</sup>, la conducta punible achacada al funcionario o autoridad debe ser rotunda y superadora de cualquier razonamiento jurídico posible, pues no se trata de meros incumplimientos del Ordenamiento jurídico, ni de discrepancias interpretativas o irregularidades formales, sino más bien de un quebrantamiento evidente, grosero, flagrante o clamoroso.

Debemos de apuntar que los instrumentos de planeamiento son normas jurídicas aprobadas por los Ayuntamientos o en su caso por las

---

<sup>1271</sup> Vid. NARVAEZ RODRÍGUEZ, Antonio, “Los delitos sobre la ordenación del territorio: La responsabilidad penal de la Administración urbanística”, Actualidad Penal, núm. 16, año 1997, pág. 3.

<sup>1272</sup> GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “El delito urbanísticos. Delitos relativos a la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 95.

<sup>1273</sup> Vid. CATALÁN SENDER, Jesús, “Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal”, op.cit., pág.500. Para las obras menores, parece ser que deberá apreciarse una atenuante por analogía, dado el escaso desvalor jurídico-penal que entraña este supuesto, o entender que la acción es atípica por no llegar a ofender al bien jurídico protegido.

<sup>1274</sup> Vid. SOUTO GARCÍA, Eva María, “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit., págs. 141 a 176. Vid. también, STS de 29 de septiembre de 2004.

Diputaciones Provinciales, si el instrumento tiene repercusión territorial en más de un municipio. Una vez que el instrumento de planeamiento ha sido expuesto al periodo de información pública, y en su caso resueltas las posibles alegaciones si las hubiere, el mismo deberá aprobarse definitivamente por el órgano de la Comunidad Autónoma que tenga atribuida la competencia en materia de ordenación territorial y urbanismo<sup>1275</sup>. Una vez aprobados los instrumentos de planeamiento, se requerirá la concesión de licencias de los proyectos de urbanización, parcelación y reparcelación que necesariamente deberán contar dentro del expediente administrativo los informes técnicos y jurídicos que establece el artículo 4.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística. Para URRAZA ABAD<sup>1276</sup>, mientras la competencia para la determinación de las concretas normas de planeamiento existentes en un concreto lugar se encuentran atribuidas a la misma administración competente para la aprobación y/o concesión de las licencias urbanísticas necesarias, el Derecho penal se verá maniatado.

A efectos ilustrativos vamos a definir conceptualmente el significado de los proyectos de urbanización, parcelación y reparcelación urbanísticas:

- El proyecto de urbanización es un documento técnico de planeamiento que tiene como finalidad la definición de la propuesta urbanística en el nivel de más detalle, que indicará como serán las calles, plazas, zonas verdes, así como también definirán cómo y de qué manera se estructuraran los servicios urbanos de alcantarillado,

---

<sup>1275</sup> Vid. artículo 41 y 42 del Real Decreto 1346/1976.

<sup>1276</sup> URRAZA ABAD, Jesús, “Los delitos contra la ordenación del territorio tras la reforma del Código Penal operada mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, op. cit., pág. 20.



suministros de agua, gas y electricidad, teléfono y otras redes de comunicaciones<sup>1277</sup>.

- La parcelación urbanística es la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes independientes o cuotas indivisas, que puede dar lugar a la constitución de un núcleo de población<sup>1278</sup>.
- La reparcelación es la agrupación de fincas comprendidas en el polígono o unidad de actuación para su nueva división ajustada al Plan, con adjudicación de las parcelas resultantes a los interesados, en proporción a sus respectivos derechos. La reparcelación tiene por objeto distribuir justamente los beneficios y cargas de la ordenación urbanística, regularizar la configuración de las fincas y situar su aprovechamiento en zonas aptas para la edificación con arreglo al Plan<sup>1279</sup>.

### **III. SILENCIAR INFRACCIONES U OMITIR INSPECCIONES OBLIGATORIAS DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA**

La ineficacia en vía administrativa para evitar las violaciones salvajes, e incumplimientos de las normas urbanísticas en nuestro país, así como la ocultación de infracciones observadas por la inspección, y de la omisión de inspecciones de carácter obligatorio, motivó que la sociedad

---

<sup>1277</sup> Vid. artículo 15 del Real Decreto 1346/1976.

<sup>1278</sup> Vid. artículo 94.1 del Real Decreto 1346/1976.

<sup>1279</sup> Vid. artículo 97.1 del Real Decreto 1346/1976.

demandara como muy necesario<sup>1280</sup>, ampliar el tipo subjetivo y objetivo en los delitos de prevaricación urbanística, provocando que la reforma del CP mediante la LO 5/2010, estableciera un notable endurecimiento de las sanciones penales por las conductas criminales de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, y en su consecuencia una de las novedades esenciales de esta reforma, es la ampliación del abanico de conductas típicas en relación con la actividad urbanística que puede cometer el funcionario, y en especial en el tipo delictivo de la prevaricación especial<sup>1281</sup> urbanística<sup>1282</sup> que cometan las autoridades y funcionarios públicos consistente en la inclusión de dos nuevas conductas omisivas<sup>1283</sup>, la de silenciar<sup>1284</sup> con motivo de las inspecciones la infracción de normas urbanísticas vigentes, y omisión<sup>1285</sup> de la realización de inspecciones de carácter obligatorio<sup>1286</sup>. Para ACALE SÁNCHEZ<sup>1287</sup>,

<sup>1280</sup> LOZANO CUTANDA, Blanca, “*Delitos contra la ordenación del territorio y prevaricación urbanística*” Diario La Ley, núm. 7534, Sección Tribuna, 23 diciembre de 2010, Año XXXI, Editorial La Ley.

<sup>1281</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, “*La regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: La prevaricación*”, op.cit., pág.43.

<sup>1282</sup> Vid. SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/ SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, “*Curso de Derecho Penal. Parte Especial*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2012, pág. 455. Vid. también STS de 27 de noviembre de 2009.

<sup>1283</sup> Vid STS de 24 de mayo de 2003.

<sup>1284</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, op. cit., pág. 576. Con la reforma se ha tipificado expresamente la conducta del funcionario que haya silenciado la infracción de las normas urbanística o haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, subsanando así una de las lagunas detectadas en la regulación anterior.

<sup>1285</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto, J. , “*Los delitos sobre la ordenación del territorio tras la reforma de la LO 5/2010*”, op. cit., pág. 9. A esta conducta, que ahora se incluye también en el art. 320, la reforma de 2010 añade en ambos artículos la de omitir la propia inspección en sí, cuando sean obligatorias. A veces ambos tipos de omisión tienen mucha más importancia dentro de lo que es la lesión a la ordenación del territorio que el hecho en sí de la concesión de una licencia ilegal.

<sup>1286</sup> Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “*Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 y 320)*”, op. cit., pág. 284.

<sup>1287</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op.cit. pág. 334.

no puede desconocerse la importancia que tiene la incorporación al Código el castigo de la omisión, en la medida en que al día de hoy, responsable de la situación en la que se encuentra el urbanismo en múltiples ciudades españolas, no es otra que la propia Administración, que hace dejación de sus funciones. Esta reforma ha traído consigo como novedad significativa que en el artículo 320.1 CP se establezca la pena de prisión de un año y seis meses a cuatro años a la autoridad o funcionarios públicos, que con motivo de inspecciones silencien infracciones contrarias a la legalidad urbanística, o que omitan la realización de inspecciones de carácter obligatorio, en estos supuestos se debe de actuar a sabiendas de la injusticia de lo que se hace, lo que exige dolo directo<sup>1288</sup>. En palabras de QUERALT JIMÉNEZ<sup>1289</sup>, la conducta criminal estriba en la no programación de las inspecciones urbanísticas obligatorias, que las leyes establezcan con tal carácter; dado el amplio abanico de fuentes normativas, puede tratarse de inspecciones obligadas por la ley o diversos reglamentos, siempre con base en la ley.

A nuestro juicio la reforma del Código penal de 2010 ha provocado que los funcionarios públicos que tengan atribuidas las competencias inspectoras deban controlar y hacer seguimiento exhaustivo de las licencias que se hayan concedido por la Administración, debiendo en estos

---

<sup>1288</sup> SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/ SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit. pág. 455. Se contemplan dos conductas activas y dos omisivas y todas ellas deben de realizarse a sabiendas de su injusticia. Sólo es posible la realización de la conducta con dolo directo pues la expresión “a sabiendas de su injusticia” excluye el dolo eventual. Vid. también, ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli/VENTURA PÜSCHEL, Arturo, *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 986. DE LA MATA BARRANCO, Norberto, J. *Los delitos sobre la ordenación del territorio tras la reforma de la LO 5/2010*, op. cit., pág. 9.

<sup>1289</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Editorial Atelier, 6ª edición, Barcelona, 2010, pág. 1099.

supuestos levantar actas de las infracciones que observen, y darle traslado al instructor del procedimiento para que proceda a la incoación de los oportunos expedientes, tanto sancionadores como de restauración de la legalidad alterada. Con esta reforma el legislador ha tratado que las inspecciones urbanísticas sean realizadas de forma periódica y sean obligatorias, con el objeto de que se lleve un efectivo y adecuado control, así como un seguimiento de las obras que se hayan autorizado por la Administración competente, cuya finalidad no es otra que la proceder a la detección precoz de las irregularidades de las obras que se encuentren en fase de ejecución, para evitar que se consoliden edificaciones que vulneren la normativa urbanística.<sup>1290</sup>

Por ello, se darán los elementos del tipo penal de prevaricación urbanística cuando un técnico municipal al realizar una inspección, observe una infracción urbanística y no emita informe, o no lo traslade al instructor del procedimiento sancionador; cuando el instructor del procedimiento no proceda a elevar la propuesta de resolución, tanto del expediente sancionador como el de restauración de la legalidad urbanística alterada a la autoridad con competencia para la resolución de los mismos; cuando la autoridad competente, bien el alcalde o el concejal que tenga delegadas las competencias urbanísticas, no resuelva el procedimiento; y cuando un técnico municipal se niegue o no realice una inspección urbanística cuando se haya formulado una denuncia por un particular o Administración Pública<sup>1291</sup>. Para ACALE SÁNCHEZ<sup>1292</sup>, una cosa es la

---

<sup>1290</sup> Vid. RÓDENA MOLINA, Javier, “*Los delitos contra la ordenación del territorio y las prevaricaciones urbanísticas tras la reforma del Código penal en la LO 5/2010*”, op. cit., pág. 29.

<sup>1291</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “*Derecho penal español. Parte especial*”, op. cit., pág. 1099. Quedaría fuera del tipo, pero quizás no del ámbito penal (art. 410), el incumplimiento de una orden de inspección ordenada por la superioridad al funcionario en cuestión.

conducta del encargado de la inspección que “*a sabiendas de su injusticia*”, no realiza una inspección para no detectar irregularidades urbanísticas, o que realizada la misma, las silencia, y otra muy distinta que a la vista de la falta de personal existente en muchos casos en las inspecciones urbanísticas, las personas que allí trabajan no den abasto con su trabajo y no puedan realizar todas las inspecciones que debieran: en estos casos, faltaría el elemento subjetivo, en todo caso. También para CRIADO SÁNCHEZ<sup>1293</sup>, este último elemento objetivo va a conllevar graves problemas para los municipios con pocos recursos, que en muchos casos se ven totalmente incapacitados para tramitar sus expedientes de disciplina urbanística y ejercer debidamente las labores de inspección.

La competencia de la inspección urbanística pertenece a las comunidades autónomas<sup>1294</sup>, que deberán comprobar que todos los actos de parcelación urbanística, urbanización, construcción o edificación, así como todos los usos del suelo son legales y ajustados a derecho, y en especial a las normas de ordenación del territorio y el urbanismo. Por ello resulta necesario que sean constatados y denunciado todo atropello al bien jurídico protegido suelo. Concretamente en la Comunidad Autónoma de Andalucía el artículo 30 del Reglamento de Disciplina urbanística, dispone que la inspección urbanística es una potestad dirigida a comprobar que los actos de parcelación urbanística, urbanización construcción, o edificación, instalación y de uso del suelo, del vuelo y del subsuelo, se

---

<sup>1292</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op.cit. pág. 335.

<sup>1293</sup> CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro Javier, “*El delito contra la ordenación del territorio tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal*”, op. cit., pág. 84.

<sup>1294</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “*Delincuencia urbanística*”, en Derecho penal de la construcción, op. cit., pág. 111.

ajustan a la ordenación territorial y urbanística. En relación con esta disciplina también en esa Comunidad Autónoma, se regula la figura del inspector urbanístico en el artículo 30 del mismo texto legal, al disponer que los municipios y la Consejería con competencias en materia de urbanismo, deberán desarrollar dichas funciones inspectoras en el ámbito de sus respectivas competencias, en el marco de su planificación y programación a través de los correspondientes Planes Municipales y Autonómicos de Inspección Urbanística, y de la cooperación y colaboración interadministrativa. Los fines que se persiguen en esta actuación inspectora son los siguientes:

- a) Velar por el cumplimiento de la ordenación territorial y urbanística.
- b) Vigilar, investigar y controlar la actuación de todos los implicados en la actividad de ejecución y de edificación y uso del suelo, vuelo y subsuelo, e informar y asesorar a los mismos sobre los aspectos legales relativos a la actuación inspeccionada.
- c) Denunciar cuantas anomalías observen en la aplicación o desarrollo de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística.
- d) Informar a las Administraciones y autoridades competentes sobre la adopción de las medidas cautelares y definitivas que estime convenientes para el cumplimiento de la ordenación territorial y urbanística.
- e) Colaborar con las Administraciones competentes, los Órganos Judiciales y con el Ministerio Fiscal, en particular haciendo cumplir las

medidas cautelares y definitivas que, para el cumplimiento de la ordenación urbanística, aquéllos hayan acordado.

f) Desempeñar cuantas otras funciones asesoras, inspectoras y de control le sean asignadas

La infracción que se puede omitir o silenciar<sup>1295</sup> no supone que sea una conducta penal, sino que bastará con que se trate de una infracción urbanística, pues la conducta punible del artículo 320.1 exige que la infracción sea contra las normas de la ordenación del territorio y el urbanismo<sup>1296</sup>.

#### IV. LA ACCIÓN TÍPICA DEL ART. 320.2 CP

Después de haberse comentado la primera fase relativa a la emisión de informes sobre la conducta típica del artículo 320.1 del CP, procederemos a efectuar un análisis de la acción delictiva de la autoridad o funcionarios públicos *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, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigente a sabiendas de su injusticia*. En artículo 320.2 del CP,

<sup>1295</sup> Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli/VENTURA PÜSCHEL, Arturo, “*Derecho Penal español. Parte Especial (II)*”, op. cit., pág. 986. Para este autor, silenciar consiste en no levantar acta, levantar acta sin hacer contar la infracción, no tramitar el acta o no realizar alguno de los trámites administrativamente previstos para erradicar o adecuar a la legalidad la situación urbanística ilegal detectada dentro de los plazos previsto habituales.

<sup>1296</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “*Memento práctico penal 2011*”, op. cit., pág.1219.

regula dos modalidades de conductas<sup>1297</sup>; la primera es votar a favor en calidad de miembro de un órgano colegiado la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación, o la concesión de las licencias mencionadas en el apartado primero de este artículo; y la segunda modalidad es resolver favorablemente como órgano unipersonal en calidad de autor o como miembro de un órgano colegiado, que puede dar lugar a coautoría cuando haya existido un acuerdo previo. Parece ser que el acto de *votar* está vinculado a los casos en que la resolución está sometida a la decisión de un órgano colegiado, y el acto de resolver cuando la decisión la debe de tomar un órgano unipersonal<sup>1298</sup>. En este sentido señala DE LA CUESTA AGUADO<sup>1299</sup>, que en ambos supuestos lo típico consiste en resolver la aprobación, lo que debe ser entendido como tomar una decisión en sentido positivo: aprobar, los instrumentos y proyectos a los que se refiere el tipo.

El apartado segundo del 320 del CP se diferencia del primero en que la conducta criminal de aquél es resolutive o ejecutiva<sup>1300</sup> en cuanto a la aprobación de instrumento de planeamiento, proyecto de edificación, concesión de licencia urbanística, etc., y en el apartado primero, la

---

<sup>1297</sup> SAP de Granada (Sección 2ª) núm. 571/2009 de 5 de junio.

<sup>1298</sup> POMARES CINTAS, Esther/ BERMEJO CHAMORRO, Antonio, “¿Era necesario reformar los delitos urbanísticos?, especial referencia a los delitos de corrupción urbanística y a su trayectoria jurisprudencia”, op. cit., pág. 145.

<sup>1299</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz, “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo” op. cit. pág. 987.

<sup>1300</sup> Vid. GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “El delito urbanístico”, op. cit. pág. 101. Se trata de un comportamiento llevado a cabo por personas que tengan competencias ejecutivas sobre los proyectos de edificación o las licencias urbanísticas y no como ocurre en el párrafo primero en quienes tengan funciones meramente consultivas.



autoridad o funcionario público emite informe favorable al realizar funciones meramente consultivas<sup>1301</sup>. Señala GARCÍAS PLANAS<sup>1302</sup>, que parece ser que la expresión resolver, irá referida en la mayoría de ocasiones a cuando el funcionario o autoridad actúe por sí mismo, sin embargo en ocasiones, nos encontramos con resoluciones de carácter colegiado; mientras, que el término votado, irá ligado a cuando el sujeto activo actúe como miembro de un organismo colegiado.

Como podemos observar la LO 5/2010 ha realizado una importante modificación al artículo 320.2 del CP, pues con anterioridad a esta reforma solamente se castigaba a la autoridad o funcionario público que por sí mismo como miembro de un órgano colegiado, resolviera o votase a favor de la concesión de proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes a sabiendas de su injusticia. A partir de ahora los objetos sobre los que debe recaer la votación o resolución son los siguientes:

- a) Instrumentos de planeamiento
- b) Proyectos de urbanización
- c) Parcelación
- d) Reparcelación
- e) Construcción o edificación
- f) Concesión de licencias

---

<sup>1301</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio/FARRÉZ DÍAZ, Esteban, “*Los delitos relativos a la ordenación del territorio*”, op. cit, pág. 177.

<sup>1302</sup> GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “*El delito urbanístico*”, op. cit. pág. 101.

Con esta reforma se ha logrado la incriminación de las actuaciones sobre el planeamiento por ser foco prioritario de la corrupción urbanística en nuestro país<sup>1303</sup>. También con esta reforma se ha añadido al precepto la palabra *construcción* lográndose también con ello disipar las dudas con el término *edificación* que abarcaba el significado de vivienda, habitación para reunión de personas o inmuebles con destino a servicio, pues a partir de ahora se amplía la conducta delictiva a cualquier tipo de obra que realice el ser humano con el empleo de los medios necesarios y técnicos<sup>1304</sup>.

Para un sector de la doctrina la inclusión en el art. 320 del CP de los instrumentos de planeamiento, obedece a las demandas de incriminación doctrinales toda vez que uno de los principales instrumentos político-criminales para la lucha contra la corrupción urbanística, consiste en atajar las recalificaciones de terrenos o modificaciones de planeamiento urbanístico a la carta que no benefician a interés general de la comunidad, sino todo lo contrario, engorda los bolsillos de algunos gobernantes municipales conllevando con ello un enriquecimiento injusto e ilícito<sup>1305</sup>, o en otras palabras como bien acierta POZUELO PÉREZ<sup>1306</sup>, que uno de los principales problemas de la delincuencia urbanística es la aprobación

---

<sup>1303</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “*Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit., pág. 282. Esta autora es de la opinión que con la actual configuración del precepto, la amplitud de los objetos a que pueden referirse las actuaciones de los funcionarios, parecen situar a este delito en el epicentro en la lucha contra la corrupción urbanística; como tipo al que referirse, si acaso, la participación de los particulares en la realización de aquellas conductas que no resulten integrables en uno de los tipos delictivos del art. 319.

<sup>1304</sup> Vid. STS de 29 de noviembre de 2009.

<sup>1305</sup> Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “*Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit., pág. 282.

<sup>1306</sup> POZUELO PÉREZ, Laura, “*Delincuencia urbanística*”, en Derecho penal de la construcción, op. cit., pág. 94.

de instrumentos de planeamiento urbanístico en contra de los intereses generales y en beneficio de los intereses privados, por ello sigue manifestando esta autora que este fenómeno se denomina *recalificaciones ilícitas* del suelo, tratándose de un problema de capital importancia porque consiste en un proceso relativamente sencillo, que genera mucho dinero, pero que causa un daño enorme al bien protegido, la ordenación del territorio.

La fase segunda del artículo 320 consiste en *resolver o votar* en virtud del cual se concede la licencia o autorización, castigándose la conducta delictiva del funcionario público o autoridad que tenga atribuida la competencia de *resolver o votar la concesión a sabiendas de su injusticia por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado*. Este precepto guarda relación con la prevaricación genérica, por ello antes de la entrada en vigor del vigente CP, estas conductas eran castigada en el artículo 358 del CP de 1973, donde se disponía “*a sabiendas, dictare resolución injusta en asunto administrativo*”. Este paralelismo entre la prevaricación específica del artículo 320.2 y el 404 CP, se hace más patente si cabe, cuando el primero nos remite a efectos penas al segundo.

La persona que resuelve debe ser autoridad o funcionario público de forma individual, y por norma general la competencia la tendrá atribuida el alcalde o concejal de urbanismo que tenga delegada esta materia. Esta persona, de forma individual cometerá el delito de prevaricación urbanística si resuelve a favor de la concesión de la licencia contraria a las normas de ordenación territorial o urbanística vigente. Sin embargo, para la aprobación de los instrumentos de planeamiento se requerirá la votación por un órgano colegiado, como puede ser el Pleno municipal o la Junta de

Gobierno Local. Para la comisión delictiva de *resolver o votar* no es necesario la aprobación o concesión de la licencia, pues puede que por el juego de la mayoría la misma no pueda concederse, dado que la conducta delictiva se comete cuando se vota o resuelve a favor a sabiendas de su injusticia. En este sentido señala CATALÁN SENDER<sup>1307</sup> que en ambos tipos delictivos no se precisa para su *consumación* de los mismos que la licencia llegue a desplegar sus efectos (no se precisa que se haya iniciado la construcción o edificación). Basta el informe o el voto prevaricador, pues se está ante delitos de mera actividad<sup>1308</sup>, de consumación anticipada, no es preciso resultado alguno. De la misma opinión es BOLDOVA PASAMAR<sup>1309</sup>, que señala que si lo que se prohíbe es votar a favor o resolver favorablemente la concesión de una licencia, no es necesario para que el tipo quede consumado que se termine otorgando la licencia o que se ingrese la resolución en el tráfico jurídico. En contra de esta versión se sitúa NARVÁEZ RODRÍGUEZ<sup>1310</sup>, al afirmar que si no llega a realizarse la edificación o cualquier acto de ejecución, la conducta revestirá el carácter de mero acto preparatorio.

---

<sup>1307</sup> CATALAN SENDER, Jesús, “*Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*”, op. cit., pág. 509. Vid. también, GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “*El delito urbanístico*”, op. cit. pág. 102.

<sup>1308</sup> Vid. MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “*Delitos contra la ordenación del territorio*” op. cit., pág. 312

<sup>1309</sup> BOLDOBA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit. pág. 246-247.

<sup>1310</sup> NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio “*Los delitos sobre la ordenación del territorio: responsabilidad penal de la Administración pública*”, Actualidad Penal núm. 16, del 14 al 20 de abril de 1997, pág. 388. Vid. también, ALONSO COCELLÓN, Isabel, “*Protección penal del medio ambiente*”, en Examen de algunas actuaciones irregulares de funcionarios públicos en materia de ordenación del territorio y medio ambiente. Examen del artículo 320, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 de enero, Ref. 25/2001, pág. 25, tomo 1, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

No será típica la conducta de la autoridad o funcionario público que no vote, emita un voto en blanco<sup>1311</sup> o se abstenga<sup>1312</sup> a sabiendas de que con esa decisión se aprobará igualmente la licencia o autorización administrativa. Esto guarda relación con lo establecido en el artículo 27. 4 de la LRJAPPA<sup>1313</sup>, que dispone “*Cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos*”. Sobre este particular señala TERADILLO BASOCO<sup>1314</sup>, que sería aconsejable realizar algunas correcciones técnicas con el objeto de evitar impunidad de los sujetos en calidad de miembros del organismo otorgante y sin votar la concesión ilegal, bien por abstención, voto nulo o en blanco,<sup>1315</sup> participen en la toma de acuerdos a sabiendas de su ilegalidad. Señala ACALE SÁNCHEZ<sup>1316</sup>, que a fin de evitar la imputación de responsabilidad penal a los miembros del órgano colegiado que dolosamente se abstenga, o voten en contra pero hayan determinado la voluntad del resto de miembros del órgano, se podría haber hecho referencia a la conducta de “*la autoridad o funcionario público que por sí solo o como miembro de un órgano*

---

<sup>1311</sup> Vid. DE LA CUESTA AGUADO, Paz, “*Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*” op. cit. pág. 987.

<sup>1312</sup> Vid. BOLDOBA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Delitos urbanísticos*”, op.cit., pág. 247.

<sup>1313</sup> Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

<sup>1314</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan, “*Derecho penal de la Empresa*” Editorial Trotta, Madrid 1995, pág.213.

<sup>1315</sup> GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “*El delito urbanístico*”, op. cit. pág. 102. De la redacción del precepto resolver o votar a favor de su concesión se desprende claramente que las abstenciones o los votos nulos o en blanco, son conductas atípicas, aún cuando se tenga la certeza que con tal actitud se favorezca la concesión de proyectos de edificación y licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes.

<sup>1316</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, , Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pág.346.

*colegiado haya resuelto o decidido con su voto la concesión de la licencia a que se refiere el número anterior*". En nuestra opinión, entendemos que sí existirá responsabilidad criminal en los supuestos cuando un miembro de un órgano colegiado no asiste, o se ausenta cuando se va a formular el voto, y es conocedor de lo que se va a debatir en la adopción de un acuerdo ilegal teniendo él la posibilidad con su asistencia y su voto en contra, de que no prospere la aprobación del instrumento de planeamiento, proyecto o licencia urbanística, pues con su inasistencia se pone en peligro en bien jurídico protegido. Otro tipo de impunidad se puede dar cuando el funcionario público o autoridad vota o resuelve favorablemente a sabiendas de su injusticia, pero es conocedor de que no se alcanzará la mayoría en la votación para la aprobación del instrumento o licencia urbanística. De la misma opinión es BOLBOVA PASAMAR<sup>1317</sup>, pero añade que no concurre ni siquiera el dolo, pues no existe tentativa ni punible ni no punible, debiendo solamente incurrir en responsabilidad disciplinaria, pero no penal

Las licencias urbanísticas por norma general son competencia municipal<sup>1318</sup>, atribuyendo el artículo 21.1.11 de de la LBRL, su otorgamiento a los propios Alcaldes, a excepción de lo que pueda disponerse mediante Ordenanza o Decreto de Alcaldía, que pueden atribuir la competencia al Pleno Municipal o la Junta de Gobierno Local, o mediante delegación a los Tenientes de Alcaldes según lo prevenido en el

---

<sup>1317</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, "*Delitos urbanísticos*", op. cit., pág. 249.

<sup>1318</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio/FARRÉZ DÍAZ, Esteban, "*Los delitos relativos a la ordenación del territorio*", op. cit., pág. 177.

artículo 24.e) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril<sup>1319</sup>, y el artículo 41. 9 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre<sup>1320</sup>. También puede atribuirse mediante subrogación la competencia para resolver a las Comunidades Autónomas<sup>1321</sup>.

Establece el artículo 101 del Real Decreto 2568/1986 que el voto puede revestir la forma de signos convencionales de asentimientos, debiendo esta conducta incluirse dentro del tipo del artículo 320.2 CP, si ese asentimiento es para decidir a favor de la concesión de licencia, proyecto o instrumento de planeamiento enumerado en el apartado primero de este precepto que sea contraria a la normativa urbanística o territorial<sup>1322</sup>.

En algunos Ayuntamientos se crea el órgano complementario de Comisiones Informativas de Urbanismo, que tiene como cometido la emisión de dictámenes para que a *posteriori* se resuelva bien por el Pleno o por la Junta de Gobierno Local. A nuestro parecer, este órgano colegiado si emite su voto favorable a sabiendas de su injusticia a la aprobación de un proyecto, instrumentos de planeamiento, o concesión de licencia urbanística, entendemos que la conducta será atípica, porque no se trataría de un órgano resolutorio, pues lo único que vota es la emisión de

---

<sup>1319</sup> Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

<sup>1320</sup> Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

<sup>1321</sup> Vid. CATALÁN SENDER, Jesús, “*Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*”, op. cit., pág. 506.

<sup>1322</sup> Vid. BOLDOBA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 250.

un dictamen, y la figura típica del artículo 320.2 CP lo sería el voto emitido por el órgano colegiado que resuelve.

Existen también otros supuestos, que a pesar que se emita el voto o se resuelva por parte de un órgano unipersonal o colegiado, la aprobación de proyecto, o la concesión de licencia urbanística a sabiendas de su ilegalidad por ser contraria a la normativa de la ordenación del territorio y el urbanismo, que aunque sería una conducta injusta no sería típica e impune, como suele suceder en los casos que aunque el acuerdo es ilegal puede favorecer o beneficiar a la ciudadanía a la que representan, como son los supuestos de votación o resolución favorable a la concesión de una licencia o proyecto urbanístico a una empresa que ha prometido a los gobernantes de un municipio la creación de puestos de trabajo<sup>1323</sup>. Algún sector se muestra contrario a esta manifestación, al considerar que no puede servir como causa de justificación la finalidad de conseguir un beneficio para la comunidad, un fin público o una finalidad política<sup>1324</sup>.

No todas las figuras de planeamiento son aprobadas por las Corporaciones Locales, pues concretamente la aprobación definitiva de los Planes Generales de Ordenación Urbana corresponde a las Comunidades Autónomas. Estos instrumentos de planeamiento superior aunque debe ser aprobado tanto inicialmente como provisionalmente por los propios Ayuntamientos respectivos, la aprobación definitiva recaerá por el órgano competente autonómico donde esté integrado el municipio. En nuestra opinión la aprobación inicial y provisional del instrumento de

---

<sup>1323</sup> SSTs de 5 de febrero de 1996 y 21 de julio de 1997.

<sup>1324</sup> Vid. DE LA CUESTA AGUADO, Paz, *“Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”* op. cit. pág. 989.



planeamiento general en contra de la normativa urbanística y territorial carecerá de relevancia penal para integrar el elemento del tipo delictivo, toda vez que el voto favorable del órgano colegiado, así como la conducta de resolver por un órgano unipersonal, no reviste naturaleza decisoria o ejecutiva, de lo contrario, sí se integraría en el artículo 320.2 del CP si el instrumento de planeamiento general fuese aprobado provisionalmente por el municipio, y también fuese aprobado definitivamente a sabiendas de su injusticia por la Comunidad Autónoma, pues en estos supuestos los miembros del órgano colegiado de esta última que votaron favorablemente a pesar de su ilegalidad con la normativa urbanística y territorial serán considerados como coautores del delito de prevaricación urbanística, y a los miembros del Pleno que votaron también a favor a sabiendas de ser contrario a derecho responderán como cooperadores necesario de ese delito.

## V. CONSECUENCIA JURÍDICA: LA PENA

Como se ha hecho mención a lo largo de este trabajo, las conductas delictivas del art. 320 CP al afectar a una pluralidad de bienes jurídicos, entendemos que la pena debe de ser superior a las que se le impone a los constructores, promotores y directores técnicos por los delitos del artículo 319 CP, cosa que no ocurrió en los orígenes del Código Penal de 1995<sup>1325</sup>.

Por ello en nuestra opinión, otro de los aciertos que ha traído esta nueva reforma es la agravación de la pena de prisión y la aplicación

---

<sup>1325</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit., pág. 348.

cumulativa de esta pena con la de multa, pues a partir de ahora no solo se eleva la duración de las penas<sup>1326</sup> de prisión e inhabilitación, sino que si bien antes de la reforma de 2010, la pena de prisión y multa eran alternativas, ahora se prevé su aplicación conjunta<sup>1327</sup>, pues con anterioridad a la LO 5/2010, no se podía comprender el privilegio<sup>1328</sup> punitivo del que gozaban las autoridades y funcionarios públicos por las conductas delictivas previstas en el artículo 320 del CP, pues a estos sujetos activos se le imponían penas de menor gravedad con respecto a los que cometían los delitos contemplados en el artículo 319 del CP. Aunque en realidad esta desproporción no se ha eliminado en su totalidad, dado que tras esta reforma todavía existe disparidad en la pena de multa impuesta entre el artículo 320 y el 319, toda vez que en ese último precepto la multa para el particular puede ser proporcional al beneficio obtenido y sin embargo esta regla no es de aplicación a la autoridad o funcionario<sup>1329</sup>. En nuestra opinión estamos totalmente de acuerdo con

---

<sup>1326</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, José María (dir.), *“El nuevo Código Penal”*, en Comentario a la reforma, La Ley, Madrid, 2012, pág. 507. El aumento de las penas también ha afectado al delito de prevaricación específica, ahora la pena prevista para este delito es la misma que al del art. 319.1, en cambio en la regulación anterior era la misma que la establecida en el 319.2. Pero en el caso de la prevaricación se establece una pena privativa de libertad única que es superior a la que correspondería por el 319.2 en concurso con el 404. Vid. también, DE LA CUESTA AGUADO, Paz, *“Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”* op. cit. pág. 989.

<sup>1327</sup> Vid. SOUTO GARCÍA, Eva María, *“Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”* op. cit., págs. 141 y ss.

<sup>1328</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, *“Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995”*, Actualidad penal núm. 15, 13 al 19 de abril de 1998, La ley actualidad, pág. 325. Este autor también critica el privilegio que tiene los sujetos activos del artículo 320 del CP con respecto a los del artículo 319 CP, al señalar que: Lllaman, con todo, en este punto la atención la diferencias en el marco penal previsto que, además de colocar a la multa como alternativa a la privación de libertad (en el artículo 319 se imponen ambas), prevé para ésta un límite máximo inferior al del artículo 319.1, lo que puede acabar siendo un privilegio, a pesar de la importante duración de la inhabilitación especial.

<sup>1329</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, *“Derecho Penal. Parte Especial”*, op. cit., pág. 577. Vid. también, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *“Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”*, op. cit., pág. 280.

BLANCO LOZANO<sup>1330</sup>, cuando señala que debería ser al contrario, puesto que autoridad o funcionario público, precisamente por la propia razón de ser de su ejercicio, cual es el de servir al interés general de la colectividad de ciudadanos, y ello objetivamente y con pleno sometimiento a la ley y al Derecho, debería de ser castigada en estos casos con mayor severidad que el particular, cuyo ejercicio profesional en el ámbito urbanístico se mueve exclusivamente por intereses económicos, sin que se halle tal particular, vinculado por estatuto especial alguno al interés general de los ciudadanos.

Para RÓDENAS MOLINA<sup>1331</sup>, con la nueva reforma se ha querido corregir, con este notable aumento de las penas privativas de libertad, la sensación de impunidad que llevaba aparejada este tipo de delitos, en los que ni siquiera se condenaba al alcalde prevaricador con pena de prisión, sino con una multa al poder optar el órgano decisor entre la alternatividad de la pena privativa de libertad y la de multa. Con la nueva redacción, si la autoridad o funcionario público es condenado, como mínimo se le impondrá un año y seis meses de prisión, por lo que la pena recobra mayor función disuasoria y no queda en algo meramente simbólico, carente de cualquier efecto intimidatorio<sup>1332</sup>.

---

<sup>1330</sup> Vid. BLANCO LOZANO, Carlos, “*El delito urbanístico*”, op. cit., pág. 176.

<sup>1331</sup> RÓDENA MOLINA, Javier, “*Los delitos contra la ordenación del territorio y las prevaricaciones urbanísticas tras la reforma del Código penal en la LO 5/2010*”, op. cit., pág. 22.

<sup>1332</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, op. cit., pág. 349.

## CAPITULO IX

### EL PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM” Y LA PREJUDICIALIDAD PENAL EN LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACION DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO

#### I. CUESTIONES PREVIAS

El principio *non bis in idem*, consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez, es decir, supone que no se imponga duplicidad de sanciones en los casos en que se desprenda identidad de sujeto, hecho y fundamento sin que haya una supremacía especial, como por ejemplo que se sancione a una persona dos veces por los mismo hechos, una en la jurisdicción administrativa y otra en la penal<sup>1333</sup>. Nuestra Carta Magna de 1978<sup>1334</sup> no recogió el principio *non bis in idem*, pero la doctrina ha defendido su vigencia<sup>1335</sup> por entender que la formulación de la doble

---

<sup>1333</sup> Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucia, “La garantía *non bis in idem* y el procedimiento sancionador”, Iustel, Madrid, 2008, pág.19-20.

<sup>1334</sup> STC 2/1981, de 30 de noviembre (Sala 1ª): El principio *non bis in idem*, si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (artículo 53.2 CE y 41 de la LOTC), no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución.

<sup>1335</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, M/BOIX REIG, J, “Garantías constitucionales del Derecho Sancionador”, Comentario a la Legislación Penal, Tomo I, Derecho Penal y Constitución, Madrid, 1982, pág. 214. Para esto autores aunque el principio *non bis in idem* no esté proclamado en la Constitución no es obstáculo para deducir implícitamente su vigencia pues aunque el artículo 25.1º, no contenga expresamente ese principio, no significa que no esté constitucionalizado.

sanción está implícita en el propio principio de legalidad<sup>1336</sup> del artículo 25 de la Constitución española que vetaría una tipificación simultánea de iguales conductas con los diferentes efectos sancionadores, o también implícito en el principio de exigencia de racionalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenido en la norma del artículo 9.3 de nuestra Constitución<sup>1337</sup>. Sin embargo entendemos que una vez que el Tribunal Constitucional a través de sus diversas sentencias ha admitido que se proteja en amparo cualquier quebrantamiento del principio *non bis in idem*, lo está admitiendo tácitamente como un derecho fundamental, aunque expresamente no esté contenido en nuestra Carta Magna. Aunque este reconocimiento no fue admitido expresamente por nuestros constituyentes, parece ser que, en ocasiones, en el ámbito medioambiental ha encontrado un acomodo expreso en el artículo 45.3 de CE<sup>1338</sup>. Este principio fue reconocido de forma muy temprana, concretamente apareció coincidiendo con la entrada en funcionamiento del Tribunal Constitucional en el año 1981 en su sentencia 21/1981, de 30 de enero, donde entendió que el principio *non bis in idem* se encontraba constitucionalizado e incluido en el artículo 25 de la CE<sup>1339</sup>. De parecida opinión se manifiesta LEÓN VILLALBA<sup>1340</sup>, que

---

<sup>1336</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 283. Con la aprobación del texto constitucional, se dio carta de naturaleza a este principio en nuestro ordenamiento jurídico, si bien no expresamente, sino justificando el T.C. su vigencia sobre la base del propio principio de Legalidad y otros conceptos inherentes al Estado de Derecho, como el valor superior “*justicia*” y el principio de seguridad jurídica.

<sup>1337</sup> Vid. STC 2/1981, de 30 de enero (FJ. 4º). El principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones – administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento. También este principio ha sido ratificado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: SSTs de 30 de octubre de 1983, 18 de julio de 1984 y 8 de octubre de 1993.

<sup>1338</sup> Vid. ALONSO MAS, María José, “*Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición del doble enjuiciamiento*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág.20.

<sup>1339</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “*El principio: non bis in idem*”, en cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, pág. 35.

entiende que tuvo que ser el TC el que a partir de la sentencia 2/81 de 30 de enero, el que de manera progresiva fuera aportando los elementos que a la postre otorgaron a la máxima tradicional de carácter principal, en tanto que una regla programática condensadora de una serie de valores que, con base en la búsqueda de seguridad jurídica, le sirven de fundamento, y de derecho fundamental incluido en el artículo 25.1 CE en relación con el de legalidad.

Sorprende a algún sector de la doctrina que no se le haya dado un reconocimiento expreso a este principio en el texto constitucional, cuando en realidad, había una referencia expresa en el artículo 9.3 del Anteproyecto de Constitución<sup>1341</sup>. Las razones obedecen a que fue excluida la mención en ese precepto por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, con la idea de ser incorporada posteriormente al artículo 25 CE<sup>1342</sup>. Para otros, el objeto de la STC 2/1981 fue el de suplir las imperfecciones y olvidos del legislador constituyente recurriendo para fundamentar la presencia de este principio en el artículo 25 de la CE, a criterios puramente históricos o relacionados con los debates constitucionales<sup>1343</sup>.

---

<sup>1340</sup> LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, “Sobre el sentido del axioma *ne bis in idem*, en El principio de *ne bis in idem* en el Derecho penal europeo e internacional, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, pág. 31.

<sup>1341</sup> Vid. ALONSO MAS, María José, “Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición del doble enjuiciamiento”, op. cit., pág.23

<sup>1342</sup> Vid. TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena, “El principio *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional”, Editorial La Ley, núm. 5070, miércoles 7 de junio de 2000. Vid., también, COBO DEL ROSAL/BOIX REIG, “Garantías constitucionales del Derecho sancionador”, comentarios a la Legislación Penal, Tomo I, Madrid, 1982, pág. 214.

<sup>1343</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencia del Tribunal Constitucional”, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 29, 1981.

Este principio encuentra apoyo legal internacional en el artículo 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>1344</sup>, que aunque está firmado no se encuentra suscrito por España; así como también en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles<sup>1345</sup> (New York, 1966), ratificado por España en 1977, el cual ha provocado su desarrollo fundamental en nuestro país a través de la Ley 30/1992, donde se establece que no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, siendo determinante para delimitar el ámbito de aplicación de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo y las infracciones urbanísticas<sup>1346</sup>. En cuanto al artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de conformidad con lo establecido en los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución española, ha entrado a formar parte del ordenamiento interno de nuestro país. Este principio también encuentra acomodo en los artículos 54 a 58 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990, que fue firmado por nuestro país el 30 de julio de 1993, cuyo artículo 54 establece que *“Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena”*. Asimismo sin carácter

---

<sup>1344</sup> Vid. PÉREZ MANZANO, Mercedes, *“La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 46. El Convenio Europeo de Derechos Humanos no recogía expresamente la interdicción del doble proceso y doble sanción hasta la aprobación del Protocolo 7.

<sup>1345</sup> Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *“El principio: non bis in idem”*, op. cit., pág. 19.

<sup>1346</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, *“Protección penal de la ordenación del territorio”*, op.cit., pág. 281.

vinculante, se encuentra establecido en el artículo 50<sup>1347</sup> de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2000 (Consejo Europeo de Niza). Este principio también está regulado en los artículos 4.4 y 4.5 de la Ley de Extradición Pasiva, de 21 de marzo de 1985, al disponer que *“no se concederá la extradición cuando la persona reclamada haya sido juzgada o lo esté siendo en España por los mismos hechos que sirven de base a la solicitud de extradición. Podrá, no obstante, accederse a ésta cuando se hubiere decidido no entablar persecución o poner fin al procedimiento pendiente por los referidos hechos y no haya tenido lugar por sobreseimiento libre o cualquier otra resolución que deba producir el efecto de cosa juzgada”*<sup>1348</sup>. En el artículo 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, se consagra el principio *non bis in idem* al establecerse *“que en cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes administrativos estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, deberán obligatoriamente comunicarlo al Ministerio Fiscal. Si el órgano administrativo tuviera conocimiento del proceso penal sobre los mismos hechos deberán solicitar del Juzgado o Tribunal que esté conociendo el asunto comunicación sobre las actuaciones adoptadas, y si una vez recibida la comunicación estimara la existencia de identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal*

---

<sup>1347</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 50: *“nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley”*.

<sup>1348</sup> Vid. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *“Conflictos de jurisdicción, non bis in idem y litispendencia internacional en la Unión Europea”* en *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, pág. 69.



*acordará el órgano administrativo la suspensión hasta en tanto en cuanto recaiga resolución judicial”.*

Para el Tribunal de Derechos Humanos en su sentencia de 8 de junio de 1976 (caso Engel), el convenio no impide que cada Estado pueda elegir entre el uso de la potestad penal (judicial), y la sancionadora o disciplinaria (administrativa), sin que la calificación del ilícito como delito o infracción sea decisiva al respecto, para evitar que al *socaire* de tal opción puedan eludirse las garantías establecidas en el Convenio. El Derecho penal y el administrativo, en este aspecto, no son compartimentos estancos y por ello, la despenalización de conductas para tipificarlas como infracciones, cuya naturaleza intrínseca es la misma, no puede menoscabar los derechos fundamentales o humanos del imputado o acusado<sup>1349</sup>. El actual Código penal de 1995 procedió de la noche a la mañana a convertir en ilícito penal, lo que hasta la fecha eran meros ilícitos administrativos o, incluso civiles, como fue lo que ocurrió con los delitos de construcciones no autorizadas o no autorizable en suelos protegidos o no urbanizables del artículo 319 del CP.

Hay casos de concurrencia de sanciones administrativas y penales<sup>1350</sup>, es decir existen situaciones que son constitutivas de delito y que a la misma vez pueden ser definidas como infracciones administrativas o disciplinarias, como ocurre por ejemplo en el artículo 468 de Código Penal al tipificar el

---

<sup>1349</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel “*Los delitos urbanísticos*”, Editorial Atelier, Barcelona, 2007, pág.56. Para ese autor, al existir entre el delito y la infracción administrativa meras diferencias cuantitativas y estar dirigidas ambas a la protección de los mismos bienes jurídicos, la adición a ésta de ulteriores requisitos no permite superar de antemano el problema de una posible infracción del principio *ne bis in idem* si se aplican unas y otras.

<sup>1350</sup> Vid. STC 18/1981, de 8 de agosto (Sala 1ª): Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado.

delito de quebrantamiento de condena, que comete en grado de tentativa el condenado que intenta evadirse de la cárcel, estando esa misma conducta tipificada como una falta muy grave establecida en el reglamento penitenciario, por la que su autor puede ser sancionado con la imposición de aislamiento en celda<sup>1351</sup>. Para MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN<sup>1352</sup>, en los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo que pueden recibir la pena establecida en el Código, y también la sanción disciplinaria propia de su condición de funcionario que atiende precisamente, a su vinculación con el Cuerpo al que pertenezca, esto es, a la Administración .

La locución “*non bis in idem*” encierra un tradicional principio general del Derecho con un doble significado; de una parte, su aplicación impide que una persona sea sancionada o castigada dos veces<sup>1353</sup> por la misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento<sup>1354</sup>; por otra parte, es un principio procesal en virtud del cual un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, no pueden darse dos procedimientos con el mismo objeto. Esta vertiente procesal<sup>1355</sup> impide no sólo la dualidad

---

<sup>1351</sup> Vid. STC 94/1986, de 8 de julio. No infringe el *non bis in idem* la aplicación de una pena por quebrantamiento de condena y, al mismo tiempo, la privación del beneficio penitenciario de la redención de penas por el trabajo, puesto que este segundo supuesto no tienen su fundamento en el castigo de delito cometido sino en el incumplimiento de una condición a la que se encuentra sometida la redención de penas por el trabajo (art. 100 CP anterior).

<sup>1352</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes “*Derecho penal. Parte General*”, Editorial Tirant lo Blanch, pág. 109.

<sup>1353</sup> Vid. LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, “*Sobre el sentido del axioma ne bis in idem*” en El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, pág. 18 .De la lógica premisa de no recibir dos veces por lo mismo , de no volver a pagar lo pagado, de no satisfacer lo ya satisfecho no se pueden derivar pautas de comportamiento, no normas fijas, pues ha de ser el legislador el que, desde su aceptación, ha de crear los instrumentos que lo ratifiquen en el modelo jurídico concreto y, ante la falta de dicha actuación, deben ser los jueces los que adecuen, en cada caso, la respuesta que el ordenamiento exigen, en orden a restablecer el derecho quebrado.

<sup>1354</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op.cit., pág. 282.

<sup>1355</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel “*Los delitos urbanísticos*”, op. cit., pág.56.

de procedimientos –administrativo y penal- sino también el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos como consecuencia de los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada<sup>1356</sup>. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de abril de 1999, al declarar que la relación que el principio *non bis in idem* supone entre las dos manifestaciones del *ius puniendi* estatal, determina un condicionamiento por la vía de los hechos que se declaran probados en la sentencia penal, de modo que la sentencia penal absolutoria no bloquea las posteriores actuaciones administrativas sancionadoras, pero sus declaraciones sobre los hechos probados, inciden necesariamente sobre la resolución administrativa. Además, también considera nuestro Alto Tribunal que no existe condicionamiento alguno cuando existe diferencia en la conceptualización que la actuación del autor merece con arreglo a las normas penales y administrativas, de manera que no resulta imposible que unos mismos hechos no merezcan reproche estrictamente penal, y sí en cambio que lo sea desde una perspectiva del ilícito administrativo, siempre que la tipificación en uno y otro ámbito resulten diferentes al contemplar la protección de diversos bienes jurídicos.

El principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimiento, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de

---

<sup>1356</sup> TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, “Sanción penal-sanción administrativa: el principio *non bis in idem* en la Jurisprudencia”, Poder Judicial, núm. 22, 1991, pág. 113.

normativa diferente, pero que no puede 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<sup>1357</sup>.

Las consecuencias prácticas del principio *non bis in idem* son:

a) Cuando la Administración tiene conocimiento de un acto ilícito antes que los órganos judiciales. En estos casos, el Tribunal Constitucional declara la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, si los hechos pueden ser también constitutivos de delito o falta según las normas penales.

Tanto en el ámbito administrativo general (art. 133<sup>1358</sup> de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre y el art. 7 del Real Decreto de 4 de agosto de 1993, sobre el ejercicio de la potestad sancionadora), como en diversas normas generales protectoras del medioambiente (entre ella, el art. 112 de la Ley de Aguas 29/1985), se prevé, en caso de que unos mismos hechos puedan constituir delito además de infracción administrativa, la obligación por parte de la Administración, de comunicarlos al Ministerio Fiscal o a la Autoridad judicial, acordando la suspensión del procedimiento hasta que recaiga resolución judicial sobre el mismo. Sin embargo, ello se subordina a la existencia de identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la penal.

En caso de que sin embargo exista identidad, la Administración deberá abstenerse de continuar el procedimiento administrativo y sancionar la

<sup>1357</sup> Vid. STC 77/1983 de 2 de octubre.

<sup>1358</sup> ACALE SÁNCHEZ, María “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op.cit., pág.374.La regulación del principio *non bis in idem* en el artículo 133 de la LRJAPPAC no ha venido a solucionar todos los problemas que se suscitan en la práctica, una vez que se analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto.

conducta. En este supuesto tendrá la obligación de suspender el procedimiento y pasarle el tanto de culpa al Ministerio Fiscal, o ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial.

b) Cuando la Autoridad Judicial conoce, enjuicia y decide sobre un asunto antes de que lo haga la Administración. En estos supuestos, existe la obligación por parte de la Administración de respetar el planteamiento fáctico del órgano jurisdiccional así como la cosa juzgada establecida por la resolución judicial.

Para mayor comprensión de lo dicho, sirva como ejemplo lo siguiente:

- Si recayese una resolución absolutoria como puede suceder en un delito ecológico, y en la sentencia se declarase probado que el acusado no contravino la normativa administrativa ni participó en los hechos que se le imputan, la Administración no podría iniciar un procedimiento sancionador contra dicho acusado, ni imponerle una sanción administrativa.
- Por el contrario, si el Tribunal absuelve al acusado estimando que no ha puesto en grave peligro ni la salud humana, ni el equilibrio ecológico, aunque considere en cambio que ha participado en los hechos enjuiciados, y ha vulnerado las normas administrativas, la Administración sí estaría facultada, en este caso, para imponerle una sanción.

Existen pronunciamientos judiciales donde no es aplicable este principio al no producirse duplicidad de sanciones:

- STS 19 de abril y 17 de mayo de 1999: En los supuestos en que unas mismas conductas lesionen diversos bienes jurídicos protegidos por normas sectoriales diferentes.
- STS 16 de noviembre de 2011: Cuando los hechos sancionables son diferentes.
- STS 4 de diciembre de 1990: Cuando las medidas tendentes a restaurar la legalidad infringida son compatible con la sanción que se impongan, pues carecen de carácter sancionador. Es diferente el expediente de restauración de la legalidad urbanística que el expediente sancionador, pues están desvinculados entre sí, pudiendo ser aplicados de forma independiente sin vulnera el principio *non bis in idem*.

## II. FUNDAMENTOS DEL *NON BIS IN IDEM*

Para algunos autores el origen del *non bis in idem* guarda íntima relación con la institución de la cosa juzgada<sup>1359</sup>, sin embargo para otros, el fundamento se encuentra en el principio de proporcionalidad<sup>1360</sup>, entendiendo que es la desproporción que conlleva la imposición de varios castigos por un mismo ilícito. También hay quien entiende que se puede justificar su existencia en el principio de seguridad jurídica<sup>1361</sup>, legalidad<sup>1362</sup> y arbitrariedad<sup>1363</sup>.

---

<sup>1359</sup> Vid. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, “Acumulación de sanciones penales y administrativas”, en sentido y alcance del principio ne bis in idem, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, pág. 446.

<sup>1360</sup> Vid. CANO CAMPOS, Tomas, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador”, RAP, núm. 156, 2001, pág.202.

<sup>1361</sup> Vid. RUÍZ ROBLEDO, Agustín, “El derecho fundamental a la legalidad punitiva”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 28.

Como hemos señalado antes, el principio *non bis in idem* supone que no recaiga duplicidad de sanciones, sea administrativa o penal en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento<sup>1364</sup>. En este sentido tiene declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 154/1990 que esta proscripción se extiende a los supuestos en los que las sanciones a imponer corresponden al mismo orden sancionador. Este principio se puede manifestar en dos vertientes, una material<sup>1365</sup> y otra procesal<sup>1366</sup>. Con la primera manifestación se impide sancionar en más de una vez el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita, puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento<sup>1367</sup>. Sobre la vertiente procesal<sup>1368</sup> tiene declarado el TC en su Sentencia 159/1987, que el principio *non bis in idem* tiene como misión la interdicción de un doble proceso con el mismo objeto. Opina MUÑOZ LORENTE<sup>1369</sup>

---

<sup>1362</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, “La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional”, REDA, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 29, 1981, pág. 361.

<sup>1363</sup> Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, “La garantía *non bis in idem* y el procedimiento sancionador”, op. cit., pág. 24 a 27. Vid. también, ARROYO ZAPATERO, Luís, “Principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal”, REDC, núm. 8, 1983, pág. 19.

<sup>1364</sup> SSTC 1/1981 de 26 de enero y 154/1990 de 15 de octubre.

<sup>1365</sup> Vid. PÉREZ MANZANO, Mercedes, “La prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 25.

<sup>1366</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio/FARRE DÍAZ, Esteban, “Los delitos relativos a la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 59.

<sup>1367</sup> SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, 94/1986, 8 de julio, 154/1990, de 15 de octubre, 204/1996, de 6 de diciembre y 2/2003, de 16 de enero.

<sup>1368</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes, “La prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem*”, op. cit., pág. 27 y ss.

<sup>1369</sup> MUÑOZ LORENTE, José, “La nueva configuración del principio *non bis in idem*”, Cuadernos profesionales de Gestión Ambiental, Editorial La Ley, Madrid, 2001, pág. 19. Vid. también GONZALEZ

que el principio *non bis in idem*, tanto en su vertiente material como procesal, y su aplicación a las relaciones entre el Derecho Penal y el Administrativo Sancionador, al menos por lo que respecta a nuestro país, es de aparición relativamente reciente y, además su instauración y reconocimiento se debe primero, a la labor jurisprudencial realizada por el Tribunal Constitucional.

De conformidad con el principio de legalidad<sup>1370</sup>, si una conducta antijurídica ha sido sancionada proporcionalmente<sup>1371</sup>, cualquier otra posterior sanción se convertirá en un derroche de coacción, proscrita en un Estado democrático, dado que este exceso punitivo haría quebrar la garantía del ciudadano toda vez que la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente<sup>1372</sup>.

La vertiente procesal tiene sus orígenes en el derecho a la tutela judicial efectiva, dado que si un órgano judicial resuelve con firmeza una conducta delictiva no tendrá cabida por norma general iniciar un nuevo procedimiento, excepto en los supuestos de recurso extraordinario de revisión, o recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que de lo

---

CUSSAC, José Luís, “*El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*”, Editorial Tirant lo Blanch, pág. 33.

<sup>1370</sup> Vid. GARCÍA RIVAS, Nicolás, “*El poder punitivo en el Estado Democrático*”, Servicios de Publicaciones Universidad Castilla la Mancha, 1996, pág. 76.

<sup>1371</sup> STC 154/1990, de 15 de octubre ha declarado que la aplicación de otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico, al infringirse al condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido. Vid también la STC 177/1999, de 11 de octubre, que declara que si la exigencia de *lex previa* y *lex certa* que impone el art. 25.1 CE obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una *punición desproporcionada* de la conducta ilícita.

<sup>1372</sup> STC 2/2003, de 16 de enero.



contrario se estaría menoscabando la tutela judicial efectiva que se dispensa en la primera resolución judicial firme<sup>1373</sup>.

Esta vertiente procesal solamente tiene su aparición con el objetivo de preservar las sanciones penales que devienen de resoluciones judiciales firmes o de la administración confirmada también en sede judicial. Sobre este extremo tiene declarada la STC 151/2001 que en cuanto al reconocimiento de efecto de cosa juzgada de la resolución administrativa, que ese efecto será predicable sólo de las resoluciones judiciales, considerándose vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en cuyo haz de garantías se ha reconocido el respecto a la cosa juzgada el desconocimiento de lo resuelto en una resolución firme dictada sobre el fondo del litigio<sup>1374</sup>. Para LASCURAÍN SÁNCHEZ<sup>1375</sup> se ha de tener presente que uno de los requisitos de la legitimidad constitucional de la potestad sancionadora de la Administración, es la necesaria viabilidad del sometimiento de la misma a control judicial posterior. Sin embargo, si no ha existido control judicial ulterior por la jurisdicción contencioso-administrativa, al haber desistido el sancionado del recurso interpuesto, la resolución administrativa carece de efecto de cosa juzgada<sup>1376</sup>.

Aunque la mayoría de los países reconocen la vigencia de este principio, no es menos cierto que también existen algunos Estados que entienden compatibles las sanciones administrativas y penales al creer que

---

<sup>1373</sup> SSTC 159/1987, FJ 2º, y 2/2003, de 16 de enero, FJ 3.b).

<sup>1374</sup> Vid. ALONSO MAS, María José, “Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición del doble enjuiciamiento”, op. cit., pág.30.

<sup>1375</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “Memento penal 2011.Otros principios y garantías”, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid 2010, pág. 104.

<sup>1376</sup> STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 7º.

tienen un fundamento diferente, como puede ser Francia. En opinión de PÉREZ MANZANO<sup>1377</sup> se admite la acumulación de sanciones en alguna legislación sectorial española, como puede ser el artículo 96 de la Ley del Mercado de Valores, que parte de la duplicidad de intereses jurídicos protegidos; así como también se admite la concurrencia de sanciones comunitarias con las nacionales en el ámbito de la competencia a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso Wilhelm en la Resolución de 13 de febrero de 1969, asunto núm. 14/68, Rec. 69.

### III. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sobre este principio, se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional<sup>1378</sup> al manifestar, “*que no recaiga duplicidad de sanciones – administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la administración –relación de funcionario, servicio público, concesionaria, etc.- que justifique el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración*”.

El principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, pero conduce también al resultado de que cuando el ordenamiento

<sup>1377</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes, “*La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*”, op. cit., pág. 18.

<sup>1378</sup> STC 2/1981, de 30 de enero (Sala 1ª). La existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- puede justificar el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.

permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación, *“unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”*, dándose aquí una aplicación de la institución jurídica de cosa juzgada, que según el Tribunal Constitucional, *“despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye una verdad jurídica y un efecto negativo que determine la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema”*.<sup>1379</sup>

El Tribunal Constitucional,<sup>1380</sup> en numerosas sentencias ha admitido algunos supuestos de concurrencia entre la jurisdicción penal y el derecho administrativo sancionador, como por ejemplo, cuando declara *que puede acumularse una pena y una sanción administrativa por un mismo hecho si el sujeto se encuentra en relación de sujeción especial con la Administración*, admitiendo la duplicidad de sanciones penales y disciplinarias, añadiendo también *que no basta con la relación de sujeción especial sino que además, las sanciones deben tener distintos fundamentos*.

El Tribunal Constitucional no cierra definitivamente el paso a la acumulación de la sanción penal y administrativa, dado que el principio que estamos analizando parece establecido para permitirlos en muchos casos: así, cuando sobre un mismo hecho concurre una pena y una sanción administrativa, con relativa frecuencia estaremos ante una relación de sujeción especial entre el sancionado y la Administración, con lo que sí podrá admitirse la acumulación.

---

<sup>1379</sup> STC de 30 de enero de 1981.

<sup>1380</sup> STC de 13 de junio de 1990 y de 10 de diciembre de 1991.

No infringe el principio *non bis in idem* la aplicación de una pena por quebrantamiento de condena y, al mismo tiempo, la privación del beneficio penitenciario de la redención de penas por el trabajo (artículo 100.1 de Código Penal anterior), puesto que este segundo supuesto no tiene su fundamento en el castigo del delito cometido, sino en el *incumplimiento de una condición* a que se encuentra sometida la redención de penas por el trabajo<sup>1381</sup>.

La dimensión procesal del principio *non bis in idem* cobra su pleno sentido a partir de su vertiente material<sup>1382</sup>. En efecto, si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el art. 25.1 de la Constitución, obedece entre otros motivos a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista devendría inútil si ese *mismo hecho, y por igual fundamento*, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita. Desde esta perspectiva sustancial, el principio de *non bis in idem* se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Por ello, en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva<sup>1383</sup>, la interdicción del *non bis in idem*

---

<sup>1381</sup> STC 94/1986, de 8 de julio.

<sup>1382</sup> Vid. ALONSO MAS, María José, “Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición del doble enjuiciamiento”, op.cit., pág.28-29.

<sup>1383</sup> STC 2/2003, de 16 de enero (Pleno): La finalidad del *non bis in idem*, es evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio

no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia<sup>1384</sup> de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora, ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental<sup>1385</sup>.

#### IV. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* Y LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIALES

Es posible duplicidad de sanciones en aquellos supuestos en los que entre el ciudadano y la Administración exista una relación de sujeción especial y la fundamentación de las sanciones fuera diferente, que al no darse identidad de fundamento, está perfectamente legitimada la imposición de ambos castigos<sup>1386</sup>. MÚÑOZ LORENTE<sup>1387</sup> entiende que las

---

de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente.

<sup>1384</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pág. 370.

<sup>1385</sup> Vid. LAMO RUBIO, Jaime, Principio “*Non Bis In Idem*” y Principio de Buena Fe Procesal: efectos de la invocación tardía de la vulneración del *Ne Bis In Idem*, Noticias Jurídicas, Septiembre 2001. Vid también, STC 177/1999, de 11 de octubre (Sala 1º).

<sup>1386</sup> Vid. GONZALEZ CUSSAC, José Luís, “*El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*”, op. cit., pág. 34.

relaciones de especial sujeción, son aquellas en las que el sujeto en cuestión se encuentra en una situación más vinculada a la Administración que la que tienen el resto de los ciudadanos. Para este autor es dudoso que se exceptúen de plano del principio *non bis in idem* los supuestos en que exista lo que se denomina una relación de sujeción especial respecto de la Administración, y que esa exclusión se produce sin duda alguna, porque se sobreentiende que las sanciones disciplinarias responden a un pretendido o poco probado, cuando no inexistente distinto fundamento. BARJA DE QUIROGA<sup>1388</sup>, opina que cuando existe una relación de sujeción especial, se defiende que el vínculo singular y voluntariamente asumido genera una relación jurídica en la que, entre otras prerrogativas, la Administración puede ejercer su potestad sancionadora con independencia de la previa sanción penal por los mismos hechos; hipótesis que no se presenta en la relaciones Estado-ciudadano.

Nuestra doctrina jurídica considera que no es posible la doble sanción, pues está prohibida por el principio *non bis in idem*, excepto cuando existe una relación de sujeción especial o de supremacía especial<sup>1389</sup>, siendo en estos casos compatibles la duplicidad de sanciones pues existe doble imputación<sup>1390</sup>. Para GÓRRIZ ROYO<sup>1391</sup>, la declaración

---

<sup>1387</sup> Vid. MUÑOZ LORENTE, José, “La nueva configuración del principio *non bis in idem*”, op. cit., pág. 37. Vid. también, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E, “La prevaricación de funcionario público”, Civitas, Madrid, 1980, pág. 263.

<sup>1388</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “El principio: *non bis in idem*”, op. cit., pág. 39.

<sup>1389</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio/FARRE DÍAZ, Esteban, “Los delitos relativos a la ordenación del territorio”, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, pág. 68.

<sup>1390</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “Protección penal de la ordenación del territorio”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 284. No es de extrañar que aún en la actualidad la doble imposición de sanciones en casos de personas sometidas a una relación de sujeción especial, siga suscitando la polémica.

<sup>1391</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “Protección penal de la ordenación del territorio”, op.cit., pág. 286.

hecha por el TC no es todo lo precisa que se hubiera deseado, pero al menos aporta claridad en tres aspectos básicos del principio: ubica su fundamento constitucional en el art. 25.1 CE, establece los presupuestos para su aplicación, y esto es la triple identidad mencionada y excepcional de su ámbito de aplicación los supuestos de relaciones de supremacía especial de la Administración. Esta excepción no será posible cuando la infracción penal ya previene la cualidad de autoridad o funcionario público como exigencia típica al autor, como suele suceder en los supuestos de delito de malversación de caudales públicos que necesariamente el autor debe tener la condición de funcionario público, de ahí que sea incompatible la duplicidad de sanciones.

En principio los ciudadanos se encuentran frente a la administración pública en situación de sujeción general, cuando no concurre un título específico sino el común; sin embargo, estarán en situación de sujeción en los supuestos de sumisión especial, en virtud de título concreto no concurrente en el común de los administrados cualificados, como puede ser el caso de los reclusos, los expendedores de productos estancados y los funcionarios públicos<sup>1392</sup>. Como ciudadano le corresponde la sanción penal como consecuencia del delito, y como persona sometida a una relación de supremacía especial, en cuya relación es en la que se ha quebrado la relación de confianza que en él se había depositado, debe de aceptarse la

---

<sup>1392</sup> Vid GONZALEZ CUSSAC, José Luís, “*El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*”, op. cit., pág. 34. Cabrá aplicar, junto a la pena correspondiente por el delito de prevaricación de funcionario, la oportuna sanción disciplinaria. Vid. también, la STS de 12 de junio de 1998 (Sala 3ª) de lo Contencioso –Administrativo (Sección 7ª). En esta Sentencia se impidió la posterior sanción disciplinaria de un funcionario condenado previamente por la comisión de un delito de cohecho habida cuenta de que tanto el delito castigado como la infracción administrativa vulneran el mismo interés jurídicamente protegido –el correcto funcionamiento de la Administración– por lo que no se trata de ilícitos independientes, sino que el disciplinario queda comprendido en el tipo penal.

imposición de la sanción administrativa, siendo entonces compatibles ambas sanciones.

Por ello nuestro Tribunal Constitucional<sup>1393</sup> ha considerado como relaciones de sujeción especial a los docentes, farmacéuticos, abogados, colegiados en general, funcionarios de una corporación local, concesionarios, notarios, miembros de cuerpos de seguridad del Estado, policía, guarda civil, militares, reclusos, el cuerpo de la administración del Estado, corredores de comercio, detectives, relaciones de los alumnos con su instituto, denominaciones de origen, profesores, funcionarios de prisiones, expendedores de tabaco, usuarios de centros de asistencias social, el mundo de los toros, banqueros, auto taxista, etc.

Las relaciones de sujeción especial se mantienen con aquellas personas que sostienen un vínculo más estrecho con la administración, pues estas relaciones no derivan meramente de la indiferencia cualidad de administrado, sino del hecho concreto de haber entrado en contacto de una forma más inmediata y directa con la institución administrativa.

Las relaciones de sujeción especial son la situación singular en que determinadas personas o entidades se encuentran por el hecho de hallarse insertas de modo particularmente intenso en la organización administrativa, lo que determinaría el que la administración ostentase sobre

---

<sup>1393</sup> STS 572/2002, de 2 de abril (Sala 2ª): Cuando un funcionario público cometa un delito en el ejercicio de su cargo, pueden sancionarse los hechos conjuntamente en vía penal y en vía administrativa disciplinaria si la actuación ilícita del funcionario puede tener una doble consideración, la penal conforme a las normas de esta clase en cuanto atentado contra el bien jurídico protegido en la correspondiente norma punitiva, y la disciplinaria por la vulneración de los especiales deberes del funcionario público en relación con la entidad a la que presta sus servicios, relación de supremacía especial que justifica la posibilidad de esta doble sanción en estos casos, añadiendo que hay identidad de personas sancionadas y de hecho por el que se sanciona, pero hay dos causas distintas para condenar, la específica del Código penal y la propia de la relación particular del funcionario público con la administración.



ellas unas potestades especialmente enérgicas, mucho más limitativas de la libertad. Las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la administración, a resulta de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía de forma adecuada a los fines típicos de cada relación.

Tienen declarado las SSTC 2/1981, de 30 de enero y 77/1983, de 3 de octubre, que en las relaciones de sujeción especial cabe la excepción al principio *non bis in idem*, que también es debido al plus de eticidad que se debe requerir a los funcionarios, y a la diferencias de bienes jurídicos protegidos tutelados en ambos ilícitos (penal y administrativo).

Señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>1394</sup>, que para justificar la aplicación del principio *non bis in idem* en las relaciones de especial sujeción, se acude en la mayoría de las ocasiones, a la diversidad de bienes jurídicos tutelados, que en el derecho administrativo disciplinario<sup>1395</sup>, referido a los funcionarios públicos, tiene un significado consecuentemente ético, pues su finalidad más que el restablecimiento del orden social quebrantado, es la salvación del prestigio y la dignidad corporativos, pudiendo existir distintos tipos de correctivos en el orden penal y disciplinario. Para TRAYTER JIMÉNEZ<sup>1396</sup> en referencia a la no identidad del bien jurídico protegido señala que esa doctrina, si bien produce algunos

---

<sup>1394</sup> STS de 22 de febrero de 1985 y STC 112/1990 de 18 de junio.

<sup>1395</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio/FARRE DÍAZ, Esteban, “*Los delitos relativos a la ordenación del territorio*”, op.c it., pág. 60.

<sup>1396</sup> TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, “*Sanción penal-sanción administrativa: el principio non bis idem en la jurisprudencia*”, op. cit., págs. 115 y ss.

problemas en su aplicación práctica, resulta congruente con las premisas de las que parte, pues si para aplicar el principio *non bis in idem* se requiere plena identidad de sujeto, hecho y fundamento jurídico, en estos casos el último requisito no concurre, pues cada norma protege unos intereses distintos, unos bienes jurídicos diferentes.

Las relaciones de especial sujeción constituyen en la actualidad el único ámbito excluido a la vigencia del principio *non bis in idem*, según una consolidada jurisprudencia constitucional que se inicia con la STC 2/1981, de 30 de enero, y ha sido seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y plasmada en numerosos textos legislativos.

El TC en su sentencia 234/1991 de 10 de diciembre, declara que la existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma para justificar la dualidad de sanciones, manifestando que la irreprochabilidad de los funcionarios de policía gubernativa, es un interés legítimo de la Administración que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no infringen en consecuencia el principio del *non bis in idem*.

Las obligaciones militares como otras obligaciones públicas surgen *ex lege*, sin necesidad de un acto voluntario de sujeción o sometimiento del ciudadano, y pueden entenderse contraídas desde el momento en que el individuo ha sido enrolado en la milicia *delatus in numerus* y llamado a incorporarse a ellas, ese enrolamiento y esa llamada, es el hecho que distinguiendo al interesado de otro ciudadano, puede determinar la aplicación de sanciones penales de carácter militar incluibles en el ámbito de lo estrictamente castrense.

Otro ejemplo de las relaciones de especial sujeción, se puede dar en la administración penitenciaria, como tiene declarado en su Fundamento Jurídico Segundo la STC 2/1987, de 21 de enero, cuando hace referencia a los internos, pues los mismos se integran en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos y como consecuencia de la modificación de su *status libertatis*, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre los ciudadanos libres.

Las relaciones de sujeción especial como las relaciones jurídico-administrativas, se caracterizan por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación. La sentencia pionera en referencia a la relación especial, fue la 2/1998 de 30 de enero, que en relación con el principio *non bis in idem*, señalaba que la existencia de una relación de supremacía especial de la Administración sí justificaría el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración.

La existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales, o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del derecho,

sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales, y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación. Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal, es indispensable además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección.

Para el Tribunal Constitucional en su sentencia 234/1991, de 10 de diciembre, considera compatible a un funcionario de policía una sanción administrativa y la condena penal, que en este supuesto la actuación administrativa supuestamente lesiva se produce, en aplicación de dos preceptos del Reglamento Disciplinario de la Policía Gubernativa, el primero de los cuales (art. 206) tipifica como falta muy grave, entre otras cualquier conducta constitutiva de delito doloso, y el segundo (art. 217) enumera la sanción de traslado con cambio de residencia entre las que puede imponerse tanto por la comisión de faltas muy graves como por la de faltas simplemente graves.

Como a la Administración no se le reprocha transgresión alguna de estas normas, ni su aplicación errónea o desproporcionada u orientada hacia una finalidad que no es la suya propia, el origen de la lesión, si ésta existe, está directamente en las normas mismas. Si bien para que exista violación del principio *non bis in idem* es necesario que las dos sanciones recaigan sobre el mismo sujeto y tengan el mismo objeto y el mismo fundamento, en ningún caso puede entenderse que la dualidad de normas implica la existencia de dos fundamentos distintos.

Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario además que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado<sup>1397</sup>.

## V. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* EN LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO

Existen abundantes pronunciamientos judiciales donde son de aplicación el principio *non bis in idem*, cuando unos mismos hechos son sancionados como infracción urbanística y como delitos sobre la ordenación del territorio al concurrir la identidad objetiva y de fundamentos. Para algún sector de la doctrina tanto la STC 177/1999, de 11 de octubre, como STC 2/2003, de 16 de enero, han sido trascendentes a la vista de las soluciones a las que ante problemas similares está recurriendo la jurisprudencia menor y que tanta incidencia están teniendo en el ámbito de las infracciones administrativas y penales sobre la ordenación del territorio y el urbanismo<sup>1398</sup>. En este sentido, sin embargo no es menos cierto, que existen también sentencias del orden penal que no tienen en consideración la doctrina de la STC 177/1999, al entender de aplicación preferente<sup>1399</sup> la

<sup>1397</sup>Vid. SSTC 2/198, 21 de enero, 42/1987, 7 de abril y 61/1990, 29 de marzo.

<sup>1398</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op.cit., pág.374.

<sup>1399</sup> Vid. FAMILIAR SÁNCHEZ, Arturo, “Las consecuencias jurídicas”, en los delitos relativos a la Ordenación del Territorio, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 21, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 de noviembre, 2005, Ref. 3505/2005, pág. 3505, Tomo 3º.

jurisdicción penal<sup>1400</sup> sobre la actuación sancionadora de la Administración, y en su consecuencia, la misma estará subordinada a las resoluciones de los Tribunales de Justicia<sup>1401</sup>. Para la doctrina científica la preferencia de la jurisdicción penal estriba, no sólo en la relevancia de los bienes e intereses protegidos por las leyes penales, sino en la superior gravedad de las conductas criminales, a diferencia de otros ilícitos, que pueden recaer sobre los mismos bienes pero protegidos por leyes diferentes<sup>1402</sup>. Sobre esta subordinación señala ORTEGA MONTERO<sup>1403</sup>, que la recepción en sede de urbanismo del principio *ne bis in ídem*, sobre la concurrencia de ilícitos penales y administrativos, implica una supeditación de la actuación administrativa respecto de la judicial, lo que viene a excluir la posibilidad de ejercitar la potestad sancionadora administrativa, hasta que la autoridad judicial en el proceso penal se pronuncie, o sea, una suspensión del ejercicio del procedimiento sancionador. Esa supeditación a la autoridad judicial supone también que habrá que estar a los resultados del proceso penal, ya que la existencia de una sanción penal vetaría el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración urbanística, con el entendimiento de que

---

<sup>1400</sup> Vid. ALONSO MAS, María José, “Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición del doble enjuiciamiento”, op.cit., pág. 55, Vid, también el artículo 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: El orden jurisdiccional penal es siempre preferente. Ningún Juez o Tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de dicho orden jurisdiccional.

<sup>1401</sup> Vid. LÓPEZ LAGO, Olga, “El principio *ne bis in ídem*. Derecho urbanístico del País Vasco”, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, Enero 2008, La Ley 15647/2010. Para esta autora con objeto de evitar la dualidad de las responsabilidades penal y administrativa, propone la de arbitrar un Órgano Judicial Central para conseguir la unificación de la Doctrina, a través de un Recurso de Casación que consiguiera esta finalidad a modo como se hace en el ámbito del Derecho de lo Social. Asimismo, también propone el establecimiento de un Recurso de Casación alternativo del de apelación, que es la solución establecida por la Ley alemana o, promover en todo caso la cuestión prejudicial devolutiva o invertida.

<sup>1402</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel “Los delitos urbanísticos”, op. cit., pág. 57.

<sup>1403</sup> ORTEGA MONTORO, Rodrigo, “Los delitos contra la ordenación del territorio en el Código Penal de 1995”, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-326, Tomo 6º, Editorial La Ley, Madrid.

una sanción penal por la conducta delictiva del artículo 319 del CP, vetaría el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración por infracción urbanística. Si sucede que la conducta delictiva finaliza con la absolución por no ser constitutiva de delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, se tendrían en consideración los hechos declarados probados por la sentencia firme, que deberán obligatoriamente ser aceptados por la autoridad administrativa, dado que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Para DOMÍNGUEZ LUIS y FARRÉ DÍAZ<sup>1404</sup>, la Administración, con respecto a la prioridad y preferencia de la Jurisdicción penal, se abstendrá de actuar respecto de aquellos hechos que se encuentren *sub iudice* ante los órganos jurisdiccionales, con vinculación absoluta del fallo, en los casos en que éstos declarasen la inexistencia del hecho material motivador del procedimiento penal. Sobre este particular, la doctrina<sup>1405</sup> entiende que es evidente que para que la Administración pueda reabrir posteriormente a la sentencia penal absolutoria el expediente administrativo, y liquidar las responsabilidades que en este orden se hubieran podido producir, es necesario que alguien se encargue de dar traslado a aquélla. Por ello, la Red de Fiscales Especialistas en materia de medio ambiente de Andalucía<sup>1406</sup>, concluyó en 2007 que era necesario que la Fiscalía velara por la remisión de los testimonios necesarios para que la Administración competente depure las posibles responsabilidades administrativas que, en su caso, puedan existir. En definitiva, si como

---

<sup>1404</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio/FARRE DÍAZ, Esteban, “Los delitos relativos a la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 61.

<sup>1405</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit., pág. 370.

<sup>1406</sup> Vid. Informe Especial de ordenación del territorio y el urbanismo en los informes de la oficina del Defensor del Pueblo, pág. 450

consecuencia de una infracción urbanística se ha dado comienzo a un proceso en el orden penal, y la incoación de un expediente sancionador, este último deberá suspenderse hasta que recaiga sentencia firme sobre el primero. Si el proceso penal por delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo termina con la condena del infractor, no se podrá sancionar por vía administrativa por los mismos hechos, pero si por el contrario finaliza con una sentencia absolutoria, podrán reactivarse nuevamente el procedimiento sancionador, teniendo como probados los hechos que así se contengan en la resolución penal firme.

Señala LÓPEZ LAGO<sup>1407</sup>, que la conclusión a la infinita casuística que se puede plantear sobre la petición y concesión de licencias sería, que en ningún caso, se debe acudir a la vía penal si por el trámite meramente administrativo se puede solucionar el problema, tratar de no incurrir conscientemente en un “*ne bis in idem*” o en un bombardeo constante a los Tribunales Penales, paralizando los procedimientos y planteando cuestiones prejudiciales Administrativas, devolutivas o no, el atasco sería doble: administrativo y penal, y no es esta la vía de solución del urbanismo.

Existen supuestos que los se alega por parte de los infractores que se ha vulnerado el *non bis in idem* porque ha existido una sanción administrativa previa al proceso penal, habiendo sido abonada la sanción pecuniaria y en su consecuencia se ha apurado el *ius puniendi* del Estado. En nuestra opinión, en estos casos y siguiendo la línea de algunas

---

<sup>1407</sup> LÓPEZ LAGO, Olga, “*Ordenación del territorio y medio ambiente*”, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Núm. 5, Sección Colaboraciones, Quincena de 15 al 29 de marzo de 1998, Ref. 665/1998, pág. 665.



Audiencias Provinciales<sup>1408</sup>, entendemos que la jurisdicción penal es siempre preferente<sup>1409</sup>, debiendo de prevalecer sobre las actuaciones sancionadoras de la Administración si el ilícito es constitutivo de delito, toda vez que si a la conducta punitiva no le ha afectado la institución de la prescripción, y es objeto de imputación penal no, puede el mismo quedar impune porque le haya precedido una sanción administrativa<sup>1410</sup>. Si esto llegase a ocurrir consideramos que al infractor que ha sido condenado por sentencia penal firme, y además por sanción gubernativa, le quedará la opción de acudir a un procedimiento de anulación de la sanción administrativa impuesta, o solicitar la devolución del importe de la sanción pecuniaria abonada. Aun cuando concurra identidad objetiva y de fundamento en las infracciones urbanísticas y los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, si el conocimiento de los mismos llega a oídos del Ministerio Fiscal o del Juez con posterioridad al abono de la infracción pecuniaria administrativa, no debe predicarse la doctrina de la STC 177/1999, pues lo justo sería la anulación de la sanción administrativa, o bien la deducción del importe de lo pagado por la multa administrativa

---

<sup>1408</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel *“Los delitos urbanísticos”*, op. cit., págs. 62-63. Para este autor en referencia a la preferencia de la vía penal sobre la administrativa, considera que el caso límite se produce cuando la sanción administrativa ha sido revisada por un Tribunal contencioso-administrativo, de tal manera que la sanción no es impuesta por un órgano de la Administración sino por uno del Poder Judicial, la prevalencia de la resolución penal (posterior) es aquí bastante dudosa a la vista de la naturaleza rigurosamente jurisdiccional de los Tribunales contencioso-administrativos, debiendo imponerse en caso de concurrencia de sentencias el criterio cronológico. Vid. también, NIETO GARCÍA, Alejandro, *“La potestad sancionadora de la administración urbanística y su relación con los órganos jurisdiccionales, en la disciplina urbanística, el suelo no urbanizable, las parcelaciones ilegales y el nuevo Código penal”*, Actas I y II Jornadas, Diputación General de Aragón, Zaragoza 1997. Vid. además las sentencias de la AP de Valencia de 17 de enero de 2001 y la AP de Baleares de 29 de abril de 2000.

<sup>1409</sup> Vid. GARCÍA RUBIO, Fernando, *“El régimen sancionador urbanístico del País Vasco”*, en Derecho urbanístico del País Vasco, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, Enero de 2008, La Ley 15654/2010.

<sup>1410</sup> Vid. SÁENZ DE PIPAÓN y DEL ROSAL, Javier/ SÁENZ DE PIPAÓN y MENGES, Javier, *“La reacción del Estado: el quehacer tipificado en los delitos relativos o sobre la ordenación del territorio”*, en La ciudad objeto de protección penal, Editorial La Ley, Madrid, Octubre 2009, La Ley 2691/2011.

sobre la multa que se haya impuesto en la jurisdicción penal, evitándose con ello, la vulneración del *non bis in idem*, y en su consecuencia se daría cumplimiento a la preferencia del orden penal. En este sentido señala GÓRRIZ ROYO<sup>1411</sup>, que en los casos de concurrencia de infracciones urbanísticas y delitos contra la ordenación del territorio, en sentido estricto se aplicaría el principio de subordinación de la potestad sancionadora administrativa a la potestad punitiva penal<sup>1412</sup>, y en su consecuencia, la regla de preferencia de la jurisdicción ordinaria sobre la Administración, en el enjuiciamiento de los hechos que puedan revestir carácter de delito o falta.

En la legislación del Estado, la norma básica para dirimir los conflictos de concurrencia entre la jurisdicción penal y administrativa en materia urbanística será el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo<sup>1413</sup>, al establecer que *“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*

---

<sup>1411</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “Protección penal de la ordenación del territorio”, op.cit., pág.354.

<sup>1412</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio/FARRE DÍAZ, Esteban, “Los delitos relativos a la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 60.

<sup>1413</sup> Vid. también, el artículo 274 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. (Vigente hasta el 27 de junio de 2008).

*pronunciado. 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 situación similar se manifiesta el artículo 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, que dispone que: “1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación. En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.*

*2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.*

*3. En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.”*

La finalidad de estos preceptos no es otra que evitar esa la doble imposición de sanciones<sup>1414</sup>, debiendo paralizarse el procedimiento

---

<sup>1414</sup> Artículo 5 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora: *1. El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos*

sancionador hasta tanto en cuanto la autoridad judicial no se haya pronunciado, y que en el caso de condena penal se excluirá la sanción administrativa<sup>1415</sup>.

De lo anterior se deduce que cuando se constate<sup>1416</sup> que una infracción urbanística que pueda tener carácter de conducta delictiva, la propia Administración tendrá la obligación de acordar la suspensión del procedimiento sancionador administrativo hasta que recaiga resolución judicial<sup>1417</sup>.

El artículo 4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 será de aplicación en los supuestos en los que una Administración con competencia urbanística, a sabiendas de la conducta delictiva, no procede a suspender el expediente administrativo sancionador, a pesar de tener conocimiento de que por los mismos hechos, sujetos y fundamentos, se está sustanciando en la jurisdicción penal un proceso; así como en los casos en los que la propia Administración urbanística sin tener conocimiento del proceso penal

---

*sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento. 2. El órgano competente podrá aplazar la resolución del procedimiento si se acreditase que se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos ante los Órganos Comunitarios Europeos. La suspensión se alzarán cuando se hubiese dictado por aquéllos resolución firme. Si se hubiera impuesto sanción por los Órganos Comunitarios, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo compensarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción.*

<sup>1415</sup> Vid. CORCHERO PÉREZ, Miguel, “Urbanismo y patrimonio histórico”, en Derecho urbanístico del País Vasco, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, Enero de 2008, La Ley 15654/2010.

<sup>1416</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, Elena, “Protección penal de la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 356. Para esta autora es evidente que los indicios deben deducirse del expediente administrativo en marcha que revele la comisión real o presunta de un ilícito penal, siempre que además este ilícito verifique los mismos hechos, sujetos y fundamentos que motivaron el inicio del procedimiento administrativo sancionador.

<sup>1417</sup> Vid. CUBILLO RODRÍGUEZ, Carlos, “La responsabilidad contable por la infracción de la normativa urbanística”, en Administración Local, estudio en Homenaje a Ángel Ballester, edición núm. 1, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, Enero 2011, La Ley 21902/2011.

imponga una sanción por infracción en materia de urbanismo. En estos dos supuestos, y de conformidad con la doctrina emanada de la STC 77/1983, de 2 de octubre, será preferente la vía penal, y en su consecuencia se debería suspender el expediente sancionador que haya incoado la Administración. Por ello, es significativo hacer mención que, una vez recaiga sentencia judicial firme, vinculará a la Administración que tenga atribuidas las competencias urbanísticas sobre los expedientes administrativos sancionadores incoados, no pudiendo la Administración proceder a la incoación de un nuevo expediente sancionador después de haberse declarado la firmeza de la resolución judicial, en consideración a la institución de la cosa juzgada<sup>1418</sup>. A nuestro juicio, si una misma infracción urbanística es sancionada más de una vez por dos órganos del Estado, consideramos que uno de ellos está imponiendo una sanción no cubierta por la ley.

Existen abundantes supuestos en los que se alega por parte de los infractores el principio *non bis in idem*, cuando se ha cometido una infracción urbanística y se incoa por parte de la Administración paralelamente expediente de restauración de la legalidad urbanística, y a la vez existe pendiente un proceso penal por delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, pues en estos casos, en nuestra opinión, consideramos que no se está conculcando dicho principio constitucional, pues cuando el artículo 4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, previene que la Administración urbanística deberá de abstenerse de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado, se está refiriendo a la suspensión de los propios expedientes sancionadores, dado que éstos se rigen por los mismos principios penales. El

---

<sup>1418</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio/FARRE DÍAZ, Esteban, “Los delitos relativos a la ordenación del territorio”, op.cit., pág. 6.

expediente administrativo sancionador y el de restauración de la legalidad son independientes y autónomos. Ejemplo de ello, lo tenemos en el artículo 186.2 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía cuando establece que “*el procedimiento derivado del requerimiento que se practique instando la legalización y, en su caso, la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, se instruirá y resolverá con independencia del procedimiento sancionador que hubiera sido incoado, pero de forma coordinada con éste*”. Esto tiene su explicación pues mientras que el expediente sancionador es como su nombre indica de carácter sancionador, el expediente de protección de la legalidad y reposición de la realidad física alterada goza de naturaleza no sancionadora<sup>1419</sup>. Sin embargo, ante el impago de una tasa por la concesión de licencia urbanística, surgirán efectos sancionadores compatibles con las sanciones urbanísticas, sin que la doble imposición de sanciones quebrante el principio *non bis in idem*<sup>1420</sup>. Como afirma GÓRRIZ ROYO<sup>1421</sup>, dentro del ámbito del Derecho urbanístico se consideran incluidas las actuaciones para el restablecimiento del orden urbanístico alterado o para la protección de la legalidad urbanística, que difieren de las sanciones propias de la disciplina urbanística, y si dichas medidas pueden ser impuestas con independencia de que recaiga o no una sanción administrativa, también se pueden adoptar junto con una sanción penal, sin que ello suponga una vulneración del *ne bis in idem*.

---

<sup>1419</sup> STS 4 de diciembre de 1990. Las medidas de protección de la legalidad urbanística no tienen carácter sancionador, por lo que son perfectamente compatibles con la apertura posterior de un expediente y con la imposición de la pertinente sanción.

<sup>1420</sup> STS 21 de febrero de 1984.

<sup>1421</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op. cit., pág. 358.

En los supuestos de infracciones urbanísticas con una pluralidad de acto entre los que existan conexión de causa-efecto, que le corresponda una única penalidad, como es el caso de parcelaciones ilegales en las que se ejecuten obras sin contar con la preceptiva licencia municipal, solamente puede imponerse la multa asignada a la actuación que suponga el resultado final perseguido, pues de lo contrario se duplicarían administrativamente las sanciones correspondientes a una sola infracción<sup>1422</sup>. En nuestra opinión, tampoco se quebranta el *non bis in idem* en la medida de demolición pues no puede reputarse como pena, sino como consecuencia civil<sup>1423</sup>.

La aplicación del artículo 319 del CP junto al 320 del CP, no encierra colisión con el principio *non bis in idem*, por cuanto no se da la coincidencia total de “desvalores” en bienes jurídicos protegidos; y tampoco se trata de mera progresión en el ataque a un solo y mismo bien penalmente tutelado. No debemos de desconocer que el bien tutelado con la sanción penal a la prevaricación urbanística, no es sólo la ordenación del territorio sino también la administración pública, como en toda prevaricación administrativa<sup>1424</sup>.

## VI. LAS INCIDENCIAS PROCESALES Y LA PREJUDICIALIDAD PENAL

Nuestra jurisprudencia define la prejudicialidad, como una conexión entre materias penales y otras pertenecientes a distintas ramas jurídicas de

---

<sup>1422</sup> SSTS 1 de junio de 1988 y 23 de diciembre de 1988.

<sup>1423</sup> Vid. BLANCO LOZANO, Carlos, “El delito urbanísticos”, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 2001, pág. 191.

<sup>1424</sup> Vid. STS núm. 1127/2009 de 27 de noviembre.

carácter heterogéneo, que necesariamente han de ser resueltas con carácter previo a la resolución de la cuestión penal<sup>1425</sup>, pero entre las cuestiones prejudiciales hay que distinguir las llamadas devolutivas<sup>1426</sup> o excluyentes, y la no devolutivas o no excluyentes, de manera que entre las primeras se encuentran aquéllas a las que se refiere el artículo 3 de LECr. para cuya resolución, a los solos efectos de la represión, tienen competencia los Tribunales de lo penal, y entre las segundas, aquellas a las que se refiere el artículo 4 de la LECr., y que de ser presentadas aisladamente, habrían de ser resueltas por los órganos competentes de las jurisdicciones civil o contencioso-administrativa, pues a dichas jurisdicciones se refiere expresamente ese precepto, que entre ellas no pueden entenderse comprendidas las simples cuestiones previas administrativas en cuanto que indudablemente no son cuestiones prejudiciales jurisdiccionales<sup>1427</sup>.

Para que el juez penal pueda entrar a conocer una cuestión prejudicial administrativa en una causa penal, se deberán de dar tres requisitos; primero, que el hecho punible y la problemática o cuestión estén íntimamente ligados; segundo, que de esa relación no sea posible su enjuiciamiento por separado; y tercera, que la cuestión prejudicial no sea determinante de la culpabilidad o inocencia del imputado, de lo contrario, si faltara sólo uno de estos requisitos la cuestión prejudicial se convertirá en devolutiva<sup>1428</sup>, debiendo el juez penal

---

<sup>1425</sup> STS 5 de noviembre de 1991.

<sup>1426</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op. cit., pág. 361. Se denomina cuestiones prejudiciales no devolutivas, a aquellas que resuelve el juez penal en su sentencia y devolutivas aquellas que deben resolverse por el juez del orden jurisdiccional que corresponda según se la naturaleza de la cuestión propuesta.

<sup>1427</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “*La respuesta penal a la delincuencia urbanísticas*”, en *Urbanismo y corrupción*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1ª Edición, Madrid, 208, pág. 130. Vid. también la STS 5 de noviembre de 1991.

<sup>1428</sup> Vid. CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, “*Las cuestiones prejudiciales*”, op. cit., pág.240.



suspender<sup>1429</sup> el proceso y remitir la cuestión prejudicial a la jurisdicción competente<sup>1430</sup>.

Son incontables los tipos penales que se construyen con la utilización de elementos constitutivos que se relacionan en otros órdenes jurisdiccionales, que para concretar el contenido de la sentencia se deben de aplicar tanto normas penales como normas jurídicas de distinto orden<sup>1431</sup>. Para un sector de la doctrina, la importancia de la cuestiones prejudiciales ha ido en aumento como consecuencia de la extensión de la tutela penal a bienes jurídicos, cuya protección se atribuía en exclusiva a la jurisdicción administrativa, hasta que cobró vigencia el Código penal de 1995, que como consecuencia de integrar en los precepto penales, conceptos de otras ramas jurídicas y de partir del presupuesto de la contravención de la normativa extrapenal, ha dotado de renovada importancia a este instituto<sup>1432</sup>. Sostiene POZUELO PÉREZ<sup>1433</sup>, que la diferencia entre los elementos normativos extrapenales de las normas penales en blanco y las cuestiones prejudiciales, reside en que en el primer, caso el juez habrá de acudir a otra rama jurídica

---

<sup>1429</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio/FARRÉ DÍAZ, Esteban, *“Los delitos relativos a la ordenación del territorio”*, op .cit., pág. 72. Para estos autores, el artículo 4 de la LECr., se refiere a las cuestiones prejudiciales determinantes de la culpabilidad o inocencia, lo que no constituye una expresión afortunada, máxime cuando la culpabilidad es uno de los clásicos elementos del delito, siendo factible que se dé un hecho típicamente antijurídico y no ser culpable el autor material del mismo , razón por la cual y como conclusión a lo expuesto, debemos señalar que en aquellos supuestos en los que la realidad o sustantividad del delito dependa de una relación jurídica extramuros del derecho penal, será preceptivo el planteamiento de la cuestión prejudicial , dado lugar a la suspensión de la causa criminal hasta tanto no se resuelva aquélla.

<sup>1430</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, *“Protección penal de la ordenación del territorio”*, op. cit., pág. 362.

<sup>1431</sup> Vid. CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *“Las cuestiones prejudiciales”*, en Derecho procesal civil, Editorial Colex, Madrid, 1997, pág. 236. En estos supuestos el juez no aplica la norma en sentido jurisdiccional (juzgando): simplemente, introduce conceptos jurídicos en su juicio lógico, en su sentencia.

<sup>1432</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, *“Protección penal de la ordenación del territorio”*, op. cit., pág. 360.

<sup>1433</sup> POZUELO PÉREZ, Laura, *“La respuesta penal a la delincuencia urbanísticas”*, op.cit., pág. 130.

para dotar de significado a esos elementos (por ejemplo, una licencia urbanística) mientras que, en el supuesto de las cuestiones prejudiciales, es necesaria una resolución previa de otra jurisdicción, diferente a la penal, que resuelva una cuestión determinada del caso concreto que se está enjuiciando penalmente, pues el juez penal no resuelve por sí solo la cuestión, como en el caso de la ley penal en blanco, sino que tiene que acudir a otra jurisdicción y apoyarse en lo resuelto por ella.

En materia penal es tradicional la afirmación de que el efecto de la cosa juzgada se reduce a la preclusión, dado que el tribunal penal resuelve sin vinculación posible a otro proceso distinto<sup>1434</sup>, es decir, que el proceso penal no admite la vinculación positiva a los términos de otro proceso anterior a excepción de cuestiones prejudiciales devolutiva. La vinculación entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador, se rige por la preferencia del penal sobre el administrativo, vinculando a éste, en la declaración de hechos probados de la sentencia penal<sup>1435</sup>. De ahí que se pueda colegir que la prevalencia de lo actuado en la jurisdicción penal puede quedar afectada por la concurrencia de causas prejudiciales administrativas que puedan ser relevantes a la hora de imponer la penal<sup>1436</sup>. El propio artículo 3 de la LECr. establece que por regla general, la competencia de los tribunales encargados de la jurisdicción penal se extiende a resolver, para

---

<sup>1434</sup> STSS de 19 de julio de 2004 y 3 de junio de 2005.

<sup>1435</sup> STC 2/200, de 16 de enero y 188/2005, 7 de julio.

<sup>1436</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “El artículo 319.2: Edificación no autorizable en suelo no urbanizable”, en Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Colección urbanismo y medio ambiente, Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, Bilbao, 24 y 25 de marzo de 1998. La prevalencia de lo actuado en el orden jurisdiccional penal- con la consiguiente suspensión del procedimiento administrativo hasta que la autoridad judicial penal decida- puede verse afectada por la concurrencia de causas prejudiciales administrativas que sean determinantes de la imposición de una pena al autor, cuyo efecto es, precisamente, el contrario, es decir, la suspensión del procedimiento penal hasta que el Tribunal competente decida.

sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas, con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación<sup>1437</sup>.

En el supuesto de la comisión de una conducta delictiva del artículo 319.1 del CP sobre un inmueble integrante del patrimonio histórico que todavía no haya sido formalmente declarado bien de interés cultural, el Juez deberá utilizar la vía de la cuestión prejudicial, y en su consecuencia deberá paralizar todo lo actuado hasta tanto en cuanto administrativamente el Tribunal Contencioso-Administrativo declare o no el bien de interés cultural. Esto tiene su origen en el artículo 4 de la LECr., que dispone que si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia<sup>1438</sup>, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda; pudiendo fijar un plazo que no exceda de dos meses para que las partes acudan al Juez o Tribunal Civil o Contencioso-Administrativo competente. Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Tribunal de lo criminal alzará la suspensión. Sin embargo para POZUELO PÉREZ, si una construcción se ha realizado sin la preceptiva autorización administrativa,<sup>1439</sup> si una edificación es o no autorizable conforme a la normativa urbanística, o si un Alcalde ha concedido una licencia contraria a la legalidad, a efectos de averiguar si se ha realizado algún delito contra la ordenación del territorio, pueden ser

---

<sup>1437</sup> Vid. artículo 10.1 de LOPJ y artículo 4 LJCA.

<sup>1438</sup> Vid. CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, “*Las cuestiones prejudiciales*”, op. cit., pág. 239. Cuando la ley se refiere a la culpabilidad o a la inocencia en realidad se está refiriendo a la existencia o inexistencia de delito, porque es claro que pueden existir hechos típicos y sin embargo no haber culpabilidad.

<sup>1439</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “*La delincuencia urbanísticas*”, op.cit., pág. 135.

resueltas por el juez penal que conoce del caso, sin necesidad de interponer, de forma inevitable, una cuestión prejudicial administrativa, que obligue a suspender el proceso penal para resolver aquellos términos.

En el artículo 7 de la LECr se establece que el Tribunal de lo criminal se atemperará respectivamente a las reglas del Derecho civil o administrativo en las cuestiones prejudiciales que, con arreglo a los artículos anteriores, deba resolver. Para ACALE SÁNCHEZ<sup>1440</sup>, el significado de este precepto es que en la resolución de la cuestión prejudicial no devolutiva, el juez penal habrá de resolver, en los supuestos de los artículos 319 y 320 del CP, de acuerdo con las normas urbanísticas vigentes.

Sobre este extremo se pronunció la AP de Almería (Sección 2ª) en su sentencia núm. 261/2009 de 24 de diciembre, donde condenó al acusado como autor de un delito sobre la ordenación del territorio, alegando el apelante vulneración del artículo 7 de la LECr., al no haberse atemperado el Juez de lo Penal a las reglas del Derecho administrativo, al resolver las cuestiones prejudiciales sobre la naturaleza del suelo. En esta *litis* la AP estimó este motivo del recurso al denunciar el recurrente que la normativa que consideraba el suelo como de especial protección no se encontraba vigente en la fecha que ocurrieron los hechos delictivos. Igualmente sucede con la sentencia núm. 51/201, de 25 de febrero de la misma (Sección 2ª), donde el recurrente alega vulneración del artículo 7 de la LECr. por resolver la cuestión prejudicial administrativa sin atemperar el Juez las reglas del Derecho Administrativo que regulan la naturaleza del suelo donde se ha

---

<sup>1440</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 126. Vid. también, ACALE SÁNCHEZ, María, “*El artículo 319.2: Edificación no autorizable en suelo no urbanizable*”, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Colección urbanismo y medio ambiente, Oñate, 1998, pág. 68. Vid. CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, “*Las cuestiones prejudiciales*”, op. cit., pág. 238.

edificado ilegalmente por indebida aplicación del artículo 319 del CP<sup>1441</sup>, por no ser de aplicación las normas subsidiarias, por carecer de vigencia, y no ser el suelo donde se construyó clasificado como no urbanizable, al haberse declarado inaplicables las normas, a consecuencia de una sentencia de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de la misma capital.

En nuestra opinión, en consideración a los abundantes actos administrativos implicados dentro de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo; como puede ser llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizable, en caso de duda sobre si las mismas son o no autorizable, el juez de lo penal, deberá de seguir el cauce de las cuestiones prejudiciales, dado que en caso contrario se podría condenar injustamente a una persona por realizar obras no autorizables cuando en realidad son autorizables<sup>1442</sup>. El juez de lo penal a la hora de dictar sentencia como consecuencia de los delitos del 319, deberá de examinar los conceptos y situaciones jurídicas de otra jurisdicción, que en estos tipos de delitos será la Contencioso-Administrativa: viales, zonas verdes, bienes de dominio público, valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico, cultural, de especial protección, etc. También puede suceder que el planeamiento aplicable se haya realizado *contra legem*, o que no esté vigente en el momento de la comisión de la conducta delictiva. En línea con lo anterior,

---

<sup>1441</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit., pág. 380.

<sup>1442</sup> Vid. LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos”, Conferencia sobre el Curso, “Nuevas formas de delincuencia económica”, Madrid, septiembre, 1 y 2 de octubre de 1996, pág. 12. Para este autor para evitar tan indeseable efecto, se impone el juego de la cuestión prejudicial, aunque ésta no valdría para reabrir el control judicial de un acto administrativo firme. Vid. también, ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit., pág. 380.

DOMINGUEZ LUIS/FARRÉ DÍAZ<sup>1443</sup>, señalan que la existencia de otros elementos jurídicos de otros órdenes que por sí mismo son susceptibles de integrar el objeto de un litigio civil o administrativo (construcción no autorizada o no autorizable), reconocimiento legal o administrativo del valor del suelo, especial protección, suelo no urbanizable, licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes, dará lugar a llamadas cuestiones prejudiciales, cuya resolución es previa a la sentencia, y que no perderán su carácter de parte integrante del juicio y determinantes del pronunciamiento final de absolución o de condena.

Es requisito necesario para plantear la cuestión prejudicial, que sea un órgano judicial el que proceda a resolver la cuestión que le es planteada al juez penal, y que en opinión de ACALE SÁNCHEZ<sup>1444</sup>, para que el Tribunal Contencioso-Administrativo se manifieste sobre la cuestión prejudicial, debe de existir, por tanto, un acto administrativo firme y recurrido por una de las partes en vía jurisdiccional.

En sintonía con lo anterior, manifiesta BOLDOVA PASAMAR<sup>1445</sup> que estamos ante cuestiones prejudiciales, cuando se trata de dar por existente un antecedente no penal perteneciente a un tipo de lo injusto para la decisión penal que corresponda, pues literalmente *cuestión* alude a que algo es cuestionable o controvertido, y *prejudicial* a que se puede condicionar el juicio con carácter previo, dado que su resolución es previa a la decisión final del juez.

---

<sup>1443</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio/FARRE DÍAZ, Esteban, “*Los delitos relativos a la ordenación del territorio*”, op .cit., pág. 72.

<sup>1444</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “*Delitos urbanísticos*”, op. cit., pág. 128.

<sup>1445</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “*Los delitos urbanísticos*”, op.cit., pág. 65.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de marzo de 2006, hace una interpretación exhaustiva sobre la contradicción entre el artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, considerando nuestro Alto Tribunal que los órganos judiciales penales tienen competencia para resolver cuestiones civiles o administrativas íntimamente ligadas al hecho punible, *“cuando su separación no resulta racionalmente posible”*. En sentido parecido se pronuncia el Tribunal Constitucional en su sentencia 278/2000 de 27 de noviembre, al declarar que *“siempre que la cuestión no esté resuelta por el orden jurisdiccional genuinamente competente, es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva, cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los sólo efectos de ese proceso”*.

El apartado 2º del artículo 10 de la LOPJ, hace referencia a que no obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca. Estas excepciones se están refiriendo a la prejudicialidad penal en otras jurisdicciones cuyo control de los actos de la Administración Pública se le atribuye a la jurisdicción contenciosa-administrativa. Para DIAZ MANZANERA<sup>1446</sup>, este control no debe ser confundido con el enjuiciamiento por los Jueces y Tribunales penales, de las personas que ocupan las funciones de control establecido en el artículo 106 de la CE, sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional genérica que

---

<sup>1446</sup> DIAZ MANZANERA, José Luís, *“Delito urbanístico en la jurisprudencia reciente”*, La Ley Penal, núm. 50, Sección informe de jurisprudencia, junio, 2008, Editorial La Ley, 16894/2008.

atribuye a todo los Jueces y Tribunales el artículo 117.3 CE, y en tal caso no controlan a la Administración Pública, sino que sencillamente declaran cuando procede ejercer el *ius puniendi* del Estado contra la persona (Autoridad o funcionario) que se ha desviado en su comportamiento de la legalidad realizando el hecho penal típico<sup>1447</sup>.

En la misma línea de observación que realiza FAMILIAR SÁNCHEZ<sup>1448</sup>, entendemos que cuando el artículo 319 del CP hace alusión a la expresión “*lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables*” se está excluyendo del ámbito de aplicación del precepto los supuestos en los que aun careciendo de licencia municipal de obras, pueden ser las obras subsanadas a *posteriori*, de ahí que sea necesario comprobar si la edificación es compatible con la normativa urbanística, y en su consecuencia habría que consumir todos los recursos administrativos legales para cerciorarnos de que las obras no son autorizables, procediendo el enjuiciamiento penal por ello la cuestión prejudicial adquiere plena vigencia.

La norma penal a la hora de configurar los tipos delictivos del artículo 319 del CP, acude para su definición al ámbito del Derecho administrativo para analizar si la construcción es autorizada, si el suelo es rural, o suelo protegido, o si se trata de viales o zonas verdes, etc,. De ahí que el Derecho penal acuda a utilizar conceptos que pertenecen al Derecho administrativo,

---

<sup>1447</sup> Vid. GONZALEZ CUSSAC, José Luís, “*El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*”, op. cit., pág. 47. Para este autor, no puede predicarse un generalizado recurso a la cuestión de prejudicialidad a favor de la vía administrativa, y ni siquiera de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues ello vendría a desnaturalizar la regla general que disciplina esta materia, contenida en el artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>1448</sup> FAMILIAR SÁNCHEZ, Arturo, “*Los delitos relativos a la ordenación del territorio*”, op.cit., pág. 3505.



provocando un problema cuando los tipos penales son incompletos o en blanco, necesitando para ser concretados, plantear las cuestiones prejudiciales administrativas en las causas penales que se hayan incoado, como consecuencia de la comisión de delitos sobre la ordenación del territorio. La absolución o condena dependerá de los términos en que se pronuncie la resolución judicial de la jurisdicción contencioso-administrativa, y no la jurisdicción penal, al determinar aquél los elementos normativos que configuran el Derecho penal.

Sobre la prejudicialidad penal se ha pronunciado la AP de Almería (Sección 2ª), en su sentencia núm. 261/2009 de 24 de septiembre en un supuesto de delito sobre la ordenación del territorio, donde el recurrente en apelación alega la existencia de una cuestión prejudicial devolutiva contencioso-administrativa, al encontrarse en discusión en otro orden jurisdiccional la legalidad de la obra, por considerar vulnerado el artículo 4 de la LECr. En esta *litis* la AP rechazó la cuestión al manifestar lo siguiente: *“que a diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad, que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior”*. Para la Sala esa eficacia no tiene aplicación en el procedimiento penal, dado que cada causa penal tiene su propio objeto y prueba, debiendo resolver de conformidad a su propio contenido, y sin ninguna vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto.

La regla establecida en el artículo 10.1 de la LOPJ<sup>1449</sup>, no está limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal. En este sentido ha declarado la STS 28 de marzo de 2006, en referencia a ese precepto, que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango, ha derogado tácitamente lo establecido en el artículo 4 de la decimonómica LECr.; por ello los Tribunales penales resolverán las cuestiones prejudiciales civiles o administrativas sin que tengan que proceder a suspender el procedimiento, con el objeto que previamente decida un Juez de otra jurisdicción (efecto devolutivo)<sup>1450</sup>.

Ante el enjuiciamiento de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo será, bien las partes o el propio órgano judicial de oficio quiénes propongan la causa prejudicial, pudiéndose plantear hasta el mismo momento de la declaración de tener por concluso el juicio para sentencia<sup>1451</sup>, que en opinión de CORTÉS DOMÍNGUEZ<sup>1452</sup>, lo lógico es que la cuestión no surja con todo rigor, sino tras la calificación provisional y los debates del juicio oral, pues será entonces lógicamente, cuando sepamos con toda claridad si realmente el elemento extrapenal tiene o no la incidencia que la ley exige.

---

<sup>1449</sup> STS 17 de octubre de 2006. Se concede una inadecuada preeminencia a la resolución de la jurisdicción contencioso-administrativa utilizándola como un obstáculo, casi insalvable, para la aplicación de las normas penales, lo que no responde a los criterios de prejudicialidad que establece nuestro sistema. El artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 133 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas establecen la absoluta e indiscutible preeminencia de la jurisdicción penal.

<sup>1450</sup> Vid. GONZALEZ CUSSAC, José Luís, “*El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*”, op. cit., pág. 33. Salvo caso muy excepcionales, la preferencia del orden penal impide el recurso a la cuestión de prejudicialidad suspensiva o devolutiva, que en caso de delito de prevaricación, no se admite la cuestión de prejudicialidad si la contrariedad a Derecho es manifiesta y patente. Vid. también la SSTS de 29 de octubre de 2001 y 20 de enero de 1996

<sup>1451</sup> Vid. artículo 740 de la LECr.

<sup>1452</sup> Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, “*Las cuestiones prejudiciales*”, op.cit., pág. 244.

Como se ha hecho mención anteriormente, el efecto que conlleva el planteamiento de una cuestión prejudicial, es la suspensión del proceso mediante auto de la Audiencia o del Juez de lo penal, que no admitirá ningún tipo de recurso<sup>1453</sup>, debiendo interponerse la demanda en los casos del artículo 4 de la LECr. en el plazo de dos meses; de lo contrario del juez alzaré la cuestión prejudicial.

---

<sup>1453</sup> Vid. artículo 848.1 LECr.

## CAPITULO X

# POLÍTICA CRIMINAL Y CRIMINOLOGÍA DE LA CORRUPCIÓN URBANISTICA

## I. LA CORRUPCIÓN URBANISTICA

### 1. Introducción

Si acudimos al Diccionario de la Real Academia Española nos encontramos en la acepción cuarta que el término corrupción significa *“En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores<sup>1454</sup>”*. Para la Convención de Naciones Unidas de 31 de octubre de 2003 de lucha contra la corrupción *“La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el Estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana”*. Para JIMÉNEZ FRANCO<sup>1455</sup>, este

---

<sup>1454</sup> Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando, *“Boom urbanístico y corrupción política en España”*, en Colección Mediterráneo Económico: Modernidad, crisis y globalización: problemas de política y cultura, núm. 14, Alicante 2008, pág. 264. La corrupción consiste en el uso abusivo que un agente hace del poder que le ha sido confiado con el objetivo de obtener algún tipo de ganancia fraudulenta directa o indirecta, material o no, para sí mismo o para alguien cercano.

<sup>1455</sup> JIMÉNEZ FRANCO, Emmanuel, *“Administración pública y corrupción: iniciativas legislativa de lege ferenda para una nueva cultura de integridad”*, Actualidad Administrativa, núm.5, Quincena del 1 al 15 de marzo de 2012, Editorial La Ley, Madrid, 2012, pág. 538.

fenómeno social parece que resulta connatural al ser humano tan antiguo como el mundo, y consecuencia de las capacidades humanas de elegir, engañar y abusar. Detenta un carácter universal y global del que nadie escapa, existiendo una correlación negativa entre los niveles de corrupción y el nivel de desarrollo y de inversión, resultando sus efectos más perjudiciales en los países en desarrollo.

El término corrupción urbanística es uno de los determinantes más relevantes de la crisis económica actual. Esta práctica delictiva que azota a España está originando un resultado negativo sobre la economía, la política y el equilibrio social. Los escándalos de corrupción que están brotando en nuestro país en la actualidad han tenido su origen principalmente en los años de bonanza y de la burbuja inmobiliaria de esta última década, provocando graves perjuicios económicos y sociales en la ciudadanía en general<sup>1456</sup>. Esta práctica corrupta ha sido la causante de que los indignados ciudadanos sean los que tengan que solucionar el problema económico con bajadas de sus salarios, restricción de los derechos laborales, sociales y lo peor, el grave problema del desempleo que padece nuestro país hoy en día.

Siguiendo a MORILLAS CUEVAS<sup>1457</sup>, la incidencia negativa de la corrupción urbanística tiene su origen en el propio binomio corrupción-urbanismo, que se puede resumir en las siguientes causas generales: a) períodos rápidos de crecimiento económico, b) intervencionismo del

---

<sup>1456</sup>Vid. LUIS JIMÉNEZ, Juan, “Corrupción Local en España”, en Cuadernos económico de información (ICE), núm. 85, junio 2013, Temas actuales de economía política, Ministerio de Economía y Competitividad, pág. 39. El milagro económico de España de la primera década del siglo XXI ha llevado aparejado un crecimiento destacable de la corrupción política, sobre todo a nivel local. Así se han dado más de 200 casos de corrupción en este tipo en el periodo 1999-2011.

<sup>1457</sup> MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, “Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)”, prologo, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pág. 14.

Estado en la economía con incidencia en las prestaciones de servicios o grandes inversiones públicas, c) acceso y utilización de la política como forma y cauce para el enriquecimiento personal, d) insuficiente regulación de la economía de mercado, y e) desequilibrio real entre las pretensiones de un mayor bienestar social confundido con un extravagante consumismo. En opinión próxima señala AMEZCUA ORMEÑO<sup>1458</sup>, que el proceso de corrupción acelerado se ha debido entre otras razones, a la irrupción creciente de dinero en una vida política cada vez más mediatizada, combinada por la descentralización de poderes locales, urbanización rápida y elevada, e internacionalización en las relaciones económicas. Sin embargo, un sector importante de la doctrina más especializada, sostiene que los factores que han promovido el fenómeno de corrupción pública y privada, han sido los elevados beneficios que se pueden obtener con la actividad urbanística, la dependencia de esa actividad de un buen número de decisiones discrecionales administrativas, y la confluencia de intereses privados que provienen del ámbito económico privado y de los ejercientes de funciones públicas, así como de intereses políticos partidarios<sup>1459</sup>.

En nuestra opinión, las causas principales que llevan a los sujetos activos a realizar las conductas espurias en materia de urbanismo son la carencia de recursos económicos de los Ayuntamientos, el blanqueo de

---

<sup>1458</sup> Vid. AMEZCUA ORMEÑOZ, Emilio, “*Génesis y evolución de la corrupción urbanística en España en el Bienio 2006-2007. Aproximaciones a la nueva Ley del Suelo en el contexto de la corrupción*”, *Práctica Urbanística*, núm. 68, Sección Estudios, Editorial La Ley, Febrero 2008, págs. 32 y ss.

<sup>1459</sup> Vid. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, “*Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*”, Sección de Málaga del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología, Documentos 11, Málaga, 2010, pág. 11. Vid también, FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, “*Responsabilidad penal por delitos urbanísticos versus responsabilidad política*”, en *Urbanismo y Corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pág. 73.

dinero, la insuficiencia de controles<sup>1460</sup>, y la exclusividad de las competencias urbanísticas de los consistorios. Estas causas se pueden atribuir a la conexión existente entre corrupción, blanqueo de capitales y la especulación inmobiliaria, pues el dinero negro proveniente de esas conductas aberrantes, la mayoría de las veces, tiende a aterrizar en el patrimonio inmobiliario. Existe mayor probabilidad de estas conductas delictivas en los municipios más poblados, de mayor estabilidad en la composición de la Alcaldía, y con mayor número de partidos en el municipio<sup>1461</sup>. En otro orden de cosas, estamos de acuerdo con la observación marcada por BENITO SÁNCHEZ<sup>1462</sup>, al señalar también como causa de corrupción urbanística el escaso régimen de incompatibilidades de los miembros de las corporaciones locales, pues como bien apunta esta autora entre las incompatibilidades establecidas en el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, no se contiene la imposibilidad de que quien sea concejal de urbanismo se dedique a la actividad económica de la promoción o construcción de viviendas en el municipio donde tenga el edil representación. Pero para QUINTERO OLIVARES<sup>1463</sup>, la corrupción en el terreno del urbanismo se ha manifestado a través de un amplio abanico de

---

<sup>1460</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *“Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”*, en *Urbanismo y Corrupción Política (Una visión penal, civil y administrativa)*, editorial Dykinson, Madrid, 2013, pág.43. Vid. también, CONDE- PUMPIDO TOURON, Cándido, *“Urbanismo, corrupción y delincuencia”*, en *El Estado de derecho frente a la corrupción urbanística*, Editorial La Ley, Madrid, 2007, pág. 22.

<sup>1461</sup> Vid. LUIS JIMÉNEZ, Juan, *“Corrupción Local en España”*, en *Cuadernos económico de información (ICE)*, núm. 85, junio 2013, Temas actuales de economía política, Ministerio de Economía y Competitividad, pág. 40.

<sup>1462</sup> BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa, *“Algunas consideraciones en torno a la corrupción urbanística en España”*, en *El Derecho penal y la nueva sociedad*, Editorial Comares, op.cit., pág. 42.

<sup>1463</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *“Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”*, en *Urbanismo y Corrupción Política (Una visión penal, civil y administrativa)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pág. 23-24.

formulas, que en un intento de resumirlas podrían ser estas, todas caracterizadas por la obtención de beneficios por los responsables de la Administración: a) tolerancia hacia obras ilegales, incluyendo tanto las que son directamente delitos contra la ordenación del territorio como las que suponen infracción de la legalidad urbanística; b) legalizaciones de obras ilegales; c) cambios de la legalidad urbanística a fin de hacer posible un proyecto; y d) exigencia de dinero o beneficio por autorizar obras legales.

La corrupción urbanística aunque ha tenido cabida en la historia reciente de nuestro país, se ha visto fuertemente agravada en esta última década desde instancias sociales, políticas y administrativas. Esta práctica delictiva ha originado financiación ilegal de partidos políticos, delincuencia organizada<sup>1464</sup>, evasión fiscal, blanqueo de capitales, etc. Culpa de estas conductas criminales la tiene la pasividad y tolerancia de los poderes públicos provocando con ello que el crecimiento económico origine que abundante caudal de dinero que vaya a parar a los bolsillos de autoridades y funcionarios públicos deslegitimando las instituciones públicas, atentando a la justicia, a la moralidad y a la sociedad. Para NIETO GARCÍA<sup>1465</sup>, detrás de la fachada del Derecho urbanístico vive y triunfa un gigantesco negocio urbanístico que ha transformado sustancialmente la economía española de la segunda mitad del siglo XX, y que es más importante que el del narcotráfico porque la oferta de drogas está más concentrada y el consumo

---

<sup>1464</sup> GÓMEZ-CESPEDES, Alejandra/PRIETO DEL PINO, Ana María/ STANGELAN, Peter, *Urbanismo, corrupción y delincuencia organizada: Un proyecto en la Costa del Sol*, Instituto Andaluz Interuniversitario del Criminología, Boletín Criminológico, núm. 65, mayo-junio, 2003, pág. 1. A nivel internacional existe acuerdo entre los expertos respecto a considerar delincuencia organizada aquellos delitos graves con fines de lucro que son ejecutados de manera sistemática por una pluralidad de personas, con independencia de su estructura organizativa.

<sup>1465</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro, *Balada de la Justicia y la Ley*, Trotta, Madrid, 2002, pág. 129.



es comparativamente reducido. No todos los ciudadanos son drogadictos, mientras que prácticamente todos utilizan viviendas.

Para nuestra jurisprudencia administrativa el urbanismo corrupto, alimentado por inmensas plusvalías, hace peligrar la adecuada satisfacción de los intereses sociales y del interés público, a cuyo servicio ha de estar subordinada la ordenación territorial, con ausencia de cualquier tipo de arbitrariedad en la solución de la problemática urbanística planteada dentro de una realidad social determinada<sup>1466</sup>.

Esta agravación de la corruptela en España se está acrecentando más si cabe cuando es ejercida por los propios políticos en confabulación con los empresarios con poder o viceversa. Estas conductas delictivas se extienden desde el más insignificante de los Consistorio hasta las más altas instituciones del Estado. En sintonía con lo que señala SOUTO GARCÍA<sup>1467</sup> la vertiente negativa del crecimiento económico está representada por la comisión de delitos que de él se derivan, y que pese a ser cometidos en numerosas ocasiones por personas socialmente bien situadas, tienen la capacidad de provocar daños más cuantiosos que los procedentes de la criminalidad marginal.

Esta corrupción de cuello blanco socava en la mayoría, (por no decir en todos los casos), la confianza de los ciudadanos en nuestros gobernantes y en el sistema democrático<sup>1468</sup>. De todos es conocido que el binomio

---

<sup>1466</sup> STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de Castilla y León, Burgos, número 186/2004, de 14 de mayo.

<sup>1467</sup> SOUTO GARCIA, Eva María, “*Los delitos urbanísticos en España: La protección dispensada por el artículo 319 del Código Penal español a la ordenación del territorio*”, op. cit, pág. 87.

<sup>1468</sup> LUIS JIMÉNEZ, Juan, “*Corrupción Local en España*”, op.cit., pág. 24. Este tipo de corrupción la podemos entender como el hecho ilícito realizado por un representante del pueblo elegido por sufragio

urbanismo-corrupción está indisolublemente unido a un grave problema generalizado en nuestra sociedad. Esta unión obedece a que se trata de un ámbito que mueve grandes cantidades de dinero y la facilidad de su obtención para producir enriquecimiento a los delincuentes intervinientes en estas operaciones ilícitas, pudiéndose dar la participación de estos sujetos tanto en la esfera privada como en la pública. Dentro de la Administración Local, determinado tipo de funcionarios públicos, como los Alcaldes o los Concejales de urbanismo, pueden acceder fácilmente a un lucro que la ley pone a su alcance<sup>1469</sup>.

En la Carta Europea de la Ordenación del Territorio se establece que la ordenación del territorio es un instrumento idóneo para el desarrollo económico que mejora la calidad de vida de los ciudadanos, que además gestiona con responsabilidad los recursos naturales, así como una integral protección medioambiental. En el urbanismo se encierra, nada más y nada menos, que el equilibrio de las ciudades y de los núcleos de población en general, y como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ella viven: la armonía, la convivencia, la exigencia inexcusable de la ecología, de la naturaleza y del hombre que tiene que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive. La humanidad, inmersa en sus exigencias respecto al modo de vivir de todos, al “*habitat*” de cada uno, que sin dejar de ser titular de ese inmueble o parte de él, también afecta a todos los demás ciudadanos, ha tomado ya conciencia del

---

universal, o vinculado a un partido político, quien en virtud de su posición actúa bien para beneficio personal, bien para otra persona relacionada.

<sup>1469</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “*La respuesta penal a la delincuencia urbanística*”, en *Urbanismo y corrupción*, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM 12 (2008), Boletín Oficial del Estado y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1ª edición, Madrid, 2008, pág. 72.

problema. Todo ello exige unos planes y el sometimiento riguroso a unas normas. En el sistema se pone en juego nuestro porvenir. Por ello es un acto muy grave que las normas que se han establecido pensando en la justicia, en la certeza y el bien común, después, mediante actos injustos, se incumplan<sup>1470</sup>.

De todos es sabido que la corrupción en general está presente en la vida pública, en la economía y en el sector de la política, siendo el área de mayor frecuencia en el ámbito urbanístico<sup>1471</sup>. A este respecto se contiene en el Informe Global de Corrupción de 2005 de Transparency Internacional que la corrupción opera con mayor virulencia y arraigo en el sector de la construcción. Las empresas dedicadas al ladrillo suelen comprar suelo rústico a bajo precio con la finalidad de calificarlo y obtener todo tipo de licencias. Además de estas conductas ilícitas, señala MARTÍN LORENZO/ÓRTIZ DE URBINA<sup>1472</sup> que a las empresas dedicadas a la actividad económica de la construcción les es fácil contratar inmigrantes ilegales pues con ello se elude el pago de impuestos y las cuotas de la seguridad social, lográndose con ello la estimulación del crimen organizado referente al tráfico ilegal de personas.

La corrupción urbanística también afecta al derecho constitucional a la vivienda, así como al derecho a gozar de un medio ambiente adecuado,

---

<sup>1470</sup> STS (Sala de lo Penal), núm. 52/1993, de 18 de enero.

<sup>1471</sup> Vid. LIEDO ÁLVAREZ, Manuel/LIÑANA RIBERA, Sara “*Medidas contra la corrupción urbanística: La visión del promotor*”, en *Urbanismo y corrupción*, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM 12 (2008), Boletín Oficial del Estado y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1ª edición, Madrid, 2008, pág. 203.

<sup>1472</sup> MARTÍN LORENZO, María/ ÓRTIZ DE URBINA, Lorenzo, “*Los delitos contra los trabajadores en el ámbito de la construcción*”, en *Derecho Penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, Comares, Granada, 2006, pág. 319.

toda vez que la construcción desmesurada y salvaje perjudica también al derecho de los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. La práctica abusiva de esa construcción sin control, y el grave incumplimiento de las obligaciones que tienen los poderes públicos de promover y velar que estos dos derechos sean reales y efectivos, es lo que provoca que la corrupción en materia urbanística haga que se incrementen los precios de la vivienda, y por consiguiente conlleva mayores gastos para las familias más modestas y con menos poder adquisitivo, dado que las personas que se dedican al sector de la construcción y que pagan altas comisiones por las recalificaciones de los terrenos o por la obtención de licencias, esos gastos en soborno acabarán como un alto coste que se adicionará al precio final de la vivienda, que también conllevarán la reducción de la ejecución de obras con destino a la edificación de viviendas de protección oficial<sup>1473</sup>. Otros de los efectos negativos que provocan estas conductas delictivas es la reducción de los ingresos en los ayuntamientos como consecuencia del pago de sobornos con la finalidad de librarse de pagar las tasas y el impuesto de construcción y obras. Además, todos estos efectos adversos originan también la pérdida de confianza de los ciudadanos en los gobernantes, que causan grave daño a la legitimidad democrática de las instituciones públicas<sup>1474</sup>.

---

<sup>1473</sup> Vid. SANZ MULAS, Nieves, “*La mezcla de cemento, ayuntamiento y comisiones ilegales*”, La Ley Penal, núm. 45, Sección Legislación aplicada a la práctica, Enero, 2008, Editorial La Ley, Madrid, pág. 2.

<sup>1474</sup> Vid. BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. “*Algunas consideraciones en torno a la corrupción urbanísticas en España*”, op.cit., pág. 51.

## 2. Urbanismo y la corrupción en las Corporaciones Locales

En un Estado democrático, como es el nuestro, debe primar la ética y la libertad política, pero a cambio debe ampararse esa estructura en un sistema limpio, honrado y responsable. Pero por desgracia eso se convierte en utopía, pues el ambiente contaminado que estamos respirando en nuestras instituciones públicas, denota que nuestros gobernantes están utilizando estas instituciones democráticas persiguiendo fines que van desde intereses particulares de enriquecimiento ilícito, hasta financiación ilegal de partidos políticos. Estas prácticas corruptas y abusivas con desprecio a la ciudadanía, están poniendo en serio aprieto a los cimientos políticos de nuestro país<sup>1475</sup>. Para la doctrina, evidentemente nos encontramos ante un uso desviado del desempeño del poder, pero la gravedad es aún mayor cuando ese poder ha sido otorgado sobre la base de la confianza y credibilidad que la ciudadanía ha depositado en sus dirigentes. Puede existir otra definición del término corrupción, que emanada de distintos ámbitos políticos y jurídicos, se podría resumir como *“el comportamiento de personas con tareas públicas o privadas, que lesionan sus obligaciones para conseguir ventajas injustificadas de cualquier clase”*, o también como, *“todo abuso de poder o irregularidad cometida en un proceso de decisión a cambio de un incentivo o ventaja indebido”*<sup>1476</sup>.

---

<sup>1475</sup> Vid. AMEZCUA ORMEÑO, Emilio, *“Génesis y evolución de la corrupción urbanística en España en el bienio 2006-2007”*, op. cit., pág. 3. La corrupción urbanística española, bien conocida por la aldea global, ha puesto en juego el modelo de ciudad y ha afectado a los distintos ecosistemas al tiempo que ha pervertido la correcta gobernanza en el seno de la Administración Pública.

<sup>1476</sup> Vid. FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, *“Responsabilidad penal por delitos urbanísticos versus responsabilidad política”*, en *Urbanismo y Corrupción Política*, (una visión penal, civil y administrativa), Editorial Dykinson, Madrid, 2013, págs. 68-69. Vid. también, DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.

Aunque se puede hablar de corrupción como la conducta ilícita realizada por funcionario público que se desvía<sup>1477</sup> del deber de servir con objetividad a la Administración Pública, con la finalidad de provecho a su interés personal en detrimento del interés público; no es menos cierto que la corrupción también se puede dar en el sector privado<sup>1478</sup> o mercantil. Aunque esta práctica corrupta suelen ser cometida en todos los sectores y clases de urbanismo, donde más se acentúa es entre los funcionarios de la Administración Local<sup>1479</sup>. Sobre este extremo, compartimos la opinión de POZUELO PÉREZ<sup>1480</sup>, cuando afirma que dentro de la Administración Local, determinado tipo de funcionarios públicos, como los Alcaldes o Concejales de Urbanismo, pueden acceder fácilmente a un lucro que la ley pone a su alcance desde el momento en el que actuaciones tales como el

---

*“La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella”*, Estudios de Derecho Penal, Comares, Granada, 2004, pág. 3.

<sup>1477</sup> Vid. ARIEL REZZOGLAI, Bruno, *“Corrupción y contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas”*, Salamanca, Editorial Ratio Legis, 2005, pág. 55.

<sup>1478</sup> Vid. AMEZCUA ORMEÑOZ, Emilio, *“Génesis y evolución de la corrupción urbanística en España en el Bienio 2006-2007. Aproximaciones a la nueva Ley del Suelo en el contexto de la corrupción, op.c it., págs. 32 y ss.* En el ámbito privado, es posible diferenciar entre corrupción laboral, corrupción llevada a cabo a partir del Derecho de competencia, corrupción centrada en las implicaciones penales del proceso de privatización de la Administración y, por último, corrupción ligada a los aspectos patrimoniales del fenómeno mismo. Vid. también, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Joaquín, *“Corrupción y justicia democrática”*, Clamores, Madrid, 2000, pág. 102-105. Toda acción u omisión tendente a obtener una ventaja ilícita de cualquier naturaleza, ya sea para sí o para otro, llevada a cabo con violación de un deber jurídico por quien se halla en una posición singular y de la cual se deriva un perjuicio efectivo para tercero o el riesgo de su producción.

<sup>1479</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *“Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”*, en *Urbanismo y Corrupción Política (Una visión penal, civil y administrativa)*, op.cit., pág. 23. Corrupción y desastre urbanístico se dan la mano en una triste relación causal. Puede haber una parte de culpa a imputar al sistema jurídico, pero el derecho no ha sido capaz de sujetar decisiones o impedir omisiones delictivas, normalmente en la Administración Local, y, según muchos tampoco ha sabido responder adecuadamente, aunque sería grave la miopía culpar a las leyes, cual si éstas fueran la medicina social llamada a prevenir y sanar, más allá de que se puedan y deban examinar las causas por las que el propio sistema legal teórico ha sido inoperante.

<sup>1480</sup> POZUELO PÉREZ, Laura, *“La respuesta penal a la corrupción urbanística”* en *Urbanismo y corrupción*, en *urbanismo y Corrupción*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1ª edición, Madrid, 2008, pág.72.

planeamiento urbanístico, la recalificación de los suelos y la concesión de licencias, pueden suponer un enorme valor de mercado. Para esta misma autora, eso sucede por las circunstancias de que quien otorga las licencias urbanísticas y quien debe controlar las infracciones contra la ordenación del territorio a menudo coinciden en la misma persona o, de no ser así, tienen un alto nivel de proximidad.

Para una mejor eficacia en la lucha contra la corrupción urbanística, consideramos desde nuestro punto de vista, que la mejor manera no es la intervención del derecho punitivo, toda vez que estas conductas delictivas no son tan transparentes como pueden ser los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, que si son visibles y palpables, pues la corruptela en materia urbanística es más complicado su descubrimiento, por ello entendemos que antes de la respuesta penal, sería aconsejable que se controle a las propios Ayuntamientos, o revisar las competencias que tienen atribuidas, con la finalidad de que tengan plena libertad de conceder o desestimar licencias urbanísticas o que puedan modificar fácilmente los instrumentos de planeamiento. En nuestra opinión, otra de las causas de la corrupción urbanística en las Corporaciones Locales, viene atribuida a la inejecución de las propias sentencias que decretan la demolición de lo ilegalmente construido, con la finalidad de proceder a la restauración de la legalidad urbanística alterada<sup>1481</sup>. Señala GÓRRIZ ROYO que la seguridad de lo ilegalmente construido y edificado nunca va a ser demolido, ha sido una de las motivaciones constantes del exacerbado proceso constructivo y de la especulación urbanística, puesto que el beneficio que reportaba la

---

<sup>1481</sup>Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “*El restablecimiento del orden jurídico urbanístico en vía penal. La demolición de la construcción o edificación ilegal*”, Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 2, 2009, pág. 26. Vid. también, POZUELO PÉREZ, Laura, “*La respuesta penal a la delincuencia urbanística*” en Urbanismo y corrupción, op. cit., pág. 93.

posterior venta de las obras ilegales realizadas, superaba con frecuencia el coste de las infracciones administrativas impuestas<sup>1482</sup>.

Con anterioridad a la promulgación de la Constitución española de 1978 las Administraciones Locales estaban subordinadas casi en su totalidad a la Administración General del Estado, que procedía a la tutela y fiscalización de los municipios. Pero a partir de la entrada en vigor de nuestra Carta Magna se les atribuyó a los Ayuntamientos autonomía municipal y poder que solamente pueden ser controlados por la jurisdicción contencioso-administrativa, que aún así, dispone de una suficiente discrecionalidad. Pero a pesar de este control judicial por la jurisdicción administrativa, los procedimientos judiciales incoados se caracterizan por una notoria lentitud que provoca que las propias resoluciones no contenga la suficiente eficacia, pues la mayoría de las veces las sentencias son dictadas cuando las mismas no se pueden ejecutar<sup>1483</sup>. En línea con lo anterior, AMEZCUA ORMEÑO, es de la opinión que por lo que respecta a la Administración municipal y de conformidad con la Carta Magna, la autonomía local es una garantía institucional reconocida para la “*gestión de sus intereses*” (artículos 137 a 140 CE) y hoy asumida en sus compromisos internacionales por el Reino de España<sup>1484</sup>. Esta autonomía de los Ayuntamientos también se puede interpretar del artículo 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, que

---

<sup>1482</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, op. cit., pág. 1156.

<sup>1483</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “*Urbanismo y Corrupción en la Administración Local*”, op.cit., pág. 36. Para este autor, lo habitual es tener sentencias que se producen demasiados años después del abuso promovido o consentido por el Municipio no sirven para nada, y con frecuencia son inejecutables.

<sup>1484</sup> Vid. Artículo 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, ratificada por Instrumento de 20 de enero de 1988.



también hace alusión al derecho de los entes locales a intervenir en los asuntos de su interés, así como el artículo 25 del mismo Cuerpo Legislativo, que contiene una detallada lista de materias que las leyes estatales y autonómicas deben de atribuir competencias a esos entes locales, entre los que se encuentran la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente. Esta autonomía local también se extiende a la potestad de crear empresas municipales, que acometen operaciones mercantiles sin que cuenten con el control del Derecho Administrativo, pudiendo dedicarse a casi todas las actividades, entre la que se encuentra la actividad económica de la construcción<sup>1485</sup>.

### **3. La financiación de las Corporaciones Locales con ingresos provenientes de la corrupción urbanística**

La actividad económica del sector inmobiliario es una importante fuente de riqueza del Estado en su conjunto, que redunda directamente en la financiación de las Administraciones Públicas. Estos ingresos provenientes del proceso inmobiliario suponen una fuente de financiación extraordinaria que mantiene los presupuestos del Estado, de las Comunidades Autónomas y de la Administración Local. La mayoría de estos ingresos van a parar a las arcas públicas a través de la fiscalidad inmobiliaria que se instrumentaliza por el concepto de Impuestos sobre el Valor Añadido, sobre las primeras transmisiones urbanística; Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; Impuestos

---

<sup>1485</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo “*La actividad industrial y mercantil de los municipios*”, Revista de la Administración Pública, núm. 17, 1995.

de Bienes Inmuebles; Impuestos de la Rentas de las Personas Físicas a través de los incrementos del patrimonio y los rendimientos de capital inmobiliario; el Impuestos sobre Sociedades; el Impuestos de Construcciones, Instalaciones y Obras, y el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

De todas las Administraciones Públicas que obtienen ingresos vinculados a la actividad inmobiliaria, es en la Administración Local donde mayor incidencia tienen, toda vez que de los cinco impuestos que existen en el Texto Refundido de la Ley 2/2004 Reguladora de las Haciendas Locales, tres de esos tributos tienen su fuente en el urbanismo. Además de estos ingresos tributarios hay que tener en consideración otros ingresos que aunque no son tributarios, son también fuente importante de financiación como son los ingresos derivados de las enajenaciones o explotación del patrimonio municipal del suelo, así como otros ingresos provenientes de las sanciones por infracción urbanística<sup>1486</sup>. Sobre esta importante financiación de los municipios a través del urbanismo, señala GARCÍA RUBIO<sup>1487</sup> que pese al papel de coprotagonista o coincidencia en el resultado financiero de los procesos urbanísticos por otras administraciones, el principal papel protagonista del proceso urbanístico desde el punto de vista del sector público, lo tiene con carácter tradicional la Administración Municipal y en concreto los Ayuntamientos, pese a los concretos intentos y con carácter

---

<sup>1486</sup> Vid. GARCÍA RUBIO, Fernando, *“El urbanismo como fuente de financiación municipal”*, en urbanismo y corrupción, Boletín Oficial del Estado y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1ª edición, Madrid 2008, pág.192. Este autor destaca que la existencia de ingresos proveniente de la actividad punitiva sancionadora es frecuente por el propio volumen de la actividad inmobiliaria que no siempre se ajusta a las determinaciones legales y a las preceptivas licencias a que están sometidas y, por tanto, puede suponer un ingreso más de las corporaciones locales. Dicho ingreso no es un ingreso que puede presupuestarse previamente con un carácter evidente, y en su consecuencia no se puede predeterminar el ejercicio de un procedimiento sancionador y las previsiones sobre ingresos por esta vía no pueden establecerse a priori con una certeza absoluta en consideración al principio de inocencia.

<sup>1487</sup> GARCÍA RUBIO, Fernando, *“idem”*, pág. 189.

continuo que desde otras administraciones, y en especial la autonómica, se han realizado para limitar ese papel, mediante la reducción de sus facultades y potestades a través de la acción legislativa, o mediante la introducción de términos que inducen a confusión sobre el papel directo en el proceso urbanístico de los ayuntamientos; así como la terminología “*administración actuante*”, impone la posibilidad de que otra administración que no sea la municipal, y por tanto incluso en contra de su voluntad, pueda dirigir el proceso de transformación de los suelos en un municipio en concreto. Sentado lo anterior, es significativo mencionar que la actividad urbanística es el más importante sector competencial de la acción administrativa municipal, toda vez que se trata de la principal vía de financiación de las Corporaciones Locales que cada vez están más endeudadas. La mayoría de los gobiernos municipales han visto el urbanismo como la gallina de los huevos de oro, dado que han visto la solución a la precaria situación de las arcas municipales<sup>1488</sup>.

Una vez analizado a *grosso modo* los ingresos que tienen su origen en la actividad inmobiliaria como forma de financiación de la Administración Municipal, nos centraremos, en la fuente de ingresos de los Ayuntamientos, del proceso perverso y poco ético, es decir, la corrupción urbanística como fuente de obtención de ingresos ante la necesidad de generar financiación para el mantenimiento de la maquinaria municipal<sup>1489</sup>, dado que en muchas ocasiones los Ayuntamientos sin escrúpulos se refugian de forma espúrea,

---

<sup>1488</sup> Vid. AMEZCUA ORMEÑOZ, Emilio, “*Génesis y evolución de la corrupción urbanística en España en el Bienio 2006-2007. Aproximaciones a la nueva Ley del Suelo en el contexto de la corrupción*”, op. cit., pág. 2.

<sup>1489</sup> Vid. DÍEZ RIPOLLES, José Luís/GÓMEZ-CÉSPEDES, Alejandra, “*La corrupción urbanística: Estrategias de análisis*”, Revista Española de Investigación Criminológica, Artículo 5, número 6 (2008).

con carencia de ética y moralidad en el urbanismo, con el falso objetivo de financiar inversiones para la ejecución de obras de infraestructuras.

Una de las causas en nuestra opinión de la corrupción urbanística en las Corporaciones Locales, es sin lugar a dudas el propio urbanismo, pues este es una de las más importantes fuentes de ingreso que obtienen los Ayuntamientos, unido también a la facilidad con la que se realizan los cambios de calificaciones urbanísticas, así como la facilidad de obtener licencias ilegales, provocando con ello que el negocio de la construcción sea una fuente rentable para los municipios<sup>1490</sup>. La necesidad de dinero de los Ayuntamientos provoca que en muchas ocasiones se compense de manera encubierta la ejecución de promociones, con la finalidad de incumplir por parte de los promotores inmobiliarios las normativas en materia de urbanismo y medio ambiente, considerando los gobernantes que los ingresos que originen con esta práctica ilícita, son más importantes que la propia vulneración al planeamiento urbanístico. Este es el parecer de QUINTERO OLIVARES<sup>1491</sup>, cuando señala que el abuso de poder orientado al lucro personal de los responsables públicos es sin duda, una realidad criminal; pero sin olvidar que las necesidades de dinero de los municipios, se han resuelto con frecuencia por la vía de las compensaciones abiertas o encubiertas para la ejecución de proyecto de toda clase, al precio del incumplimiento de las normativas urbanísticas.

---

<sup>1490</sup> Vid. AMEZCUA ORMEÑOZ, Emilio, “*Génesis y evolución de la corrupción urbanística en España en el Bienio 2006-2007. Aproximaciones a la nueva Ley del Suelo en el contexto de la corrupción*”, op. cit., pág. 32. El urbanismo constituye el sector competencial quizá más decisivo en el desenvolvimiento administrativo de la vida municipal porque supone la principal vía de financiación de unos ayuntamientos cada vez más endeudados. Numerosas corporaciones municipales han visto en el ardor urbanístico inusitado la solución al estado de exigüidad que caracteriza a los erarios locales.

<sup>1491</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “*Urbanismo y Corrupción en la Administración Local*”, op.cit., pág. 35.

La asunción de los gobiernos municipales de autonomía local ha provocado al mismo tiempo un considerable aumento de las competencias en materia urbanística, y en su consecuencia, también un aumento de prestación de servicios públicos, que conllevan como no podía ser de otra manera, elevados gastos para el consistorio que con anterioridad a la entrada en vigor de nuestra Norma Fundamental, esos gastos eran asumidos por la propia Administración General del Estado. Hay que destacar que este aumento de los gastos para asumir estos servicios no han corrido paralelos con el crecimiento de las transferencias al presupuesto de los propios consistorios, pues como bien sostiene este mismo autor, los Ayuntamientos no pueden apenas crear impuestos directos ni indirectos, *pero pueden poner precio a su poder de calificación del suelo*, producto codiciado por los constructores, y que, lógicamente, acaba repercutiendo en los precios de las viviendas, de ahí salta al monto de las hipotecas, luego llega la crisis y las consecuencias que todos conocemos. Es, por eso, el último eslabón de la cadena –el ciudadano que necesita una vivienda- el que acaba soportando los gastos municipales, sin perjuicio de que de paso se hayan lucrado personalmente los responsables municipales. En línea con lo anterior, AMEZCUA ORMEÑO<sup>1492</sup>, es de la opinión que la corrupción tiene lugar en los niveles locales de gobierno, pues acuerdos públicos con promotoras se llevan adelante a pesar del daño medioambiental y paisajístico, y a pesar de la difícil sostenibilidad de la urbanización, a cambio de ingresos para los partidos y/o del ingreso para las arcas municipales, ingreso este último, con el que el Alcalde y su grupo municipal se embarca en gastos claramente

---

<sup>1492</sup> Vid. AMEZCUA ORMEÑO, Emilio, “Génesis y evolución de la corrupción urbanística en España en el Bienio 2006-2007. Aproximaciones a la nueva Ley del Suelo en el contexto de la corrupción”, op. cit., págs. 32 y ss.

electorales, y que exceden de las obligaciones propias de la corporación. En esta línea también se mueve FERNÁNDEZ PANTOJA<sup>1493</sup>, al señalar que el enorme poder que se ha atribuido con estas competencias a los municipios y por ende a quienes los rigen, han derivado en esa “desviación de poder” que no solo ha enriquecido a personas, sino también a los propios Ayuntamientos con municipios “prósperos” –eso sí sobreedificados sin orden alguno-, con verdaderos problemas de suelo, hasta el punto de llegar a hacer dudar de la ilegalidad o ilicitud de hechos realizados por personas que “traían riqueza al pueblo, esa quizás, es otra de las causas de las tardías reacciones, sobre todo sociales, que se han producido, no al ver el suelo de sus municipios en esa situación, sino al ver como se enriquecían unos cuantos.

Existe a veces por parte de los ciudadanos de un determinado municipio, una ignorancia racional a la hora de sopesar el daño causado a la ordenación del territorio y el urbanismo con los beneficios que se pueden obtener con una reclasificación de terrenos a la carta. Es práctica habitual corrupta, que los constructores, con la confabulación de los gobernantes municipales, pacten el urbanismo salvaje aun con la violación de la normativa urbanística y la defensa a ultranza de que cualquier proyecto en el municipio, traerá riqueza y prosperidad en la localidad. Es más, esa ignorancia racional es mayor si cabe, cuando aun a sabiendas de que sus ediles con la conductas delictivas, están obteniendo grandes cantidades de dinero por el lucro de los desastres urbanísticos, su vecinos han consentido que cuando llega el momento de las elecciones municipales cometen el error nuevamente de emitir sus votos a los mismos dirigentes, con la

---

<sup>1493</sup> Vid. FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, “Responsabilidad penal por delitos urbanísticos versus responsabilidad política”, op. cit., pág.74.

consiguiente reelección nuevamente de estas personas provocadoras de las agresiones a la ordenación del territorio<sup>1494</sup>.

Es una realidad generalizada en casi toda la geografía de nuestro país, que grupos mafiosos con la connivencia de los gobernantes municipales, realicen de una forma corrupta la reclasificación de suelos para posteriormente proceder a la concesión de licencia municipal de edificación<sup>1495</sup>. Las inversiones de estos delincuentes, en la mayoría de los supuestos tienen un origen ilícito, cuya intención es la de blanquear el dinero negro con destino a refugiarse en bienes inmuebles, de ahí la estrecha relación existente entre el blanqueo de capitales y la corrupción urbanística. Esta es la línea apuntada por BENITO SÁNCHEZ<sup>1496</sup>, al señalar que es una técnica comúnmente empleada por los blanqueadores, la adquisición de inmuebles con dinero de origen ilícito a través de sociedades interpuestas, que después serán vendidos. El producto de la venta será considerado de origen ilegal, obtenido mediante la venta de propiedades. Además esta autora es de la opinión, de que los blanqueadores suelen también adquirir la propiedad de un inmueble declarando en el contrato público un precio inferior al que realmente van a abonar, dado que la diferencia entre uno y otro se paga con dinero de origen ilícito,

---

<sup>1494</sup> Vid. LUIS JIMENEZ, Juan, “*Corrupción local en España*”, en temas actuales de economía política, Cuaderno económico de información (ICE), op.cit., pág. 24. La percepción que los ciudadanos tienen de la corrupción local presenta un tono partidista y sesgado. Tal es así, que incluso puede no existir tal castigo en el voto, premiando al partido imputado con un mayor porcentaje de votos en las siguientes elecciones.

<sup>1495</sup> Vid. CARRERA HERNÁNDEZ, F. Jesús, “*La persecución Penal de la corrupción en la Unión Europea*”, Mesa redonda sobre cooperación internacional en materia penal: una visión desde la práctica. Colección Escuela Diplomática. Cooperación Jurídica Internacional, núm.5, pág. 2007.

<sup>1496</sup> BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa, “*Algunas consideraciones en torno a la corrupción urbanística en España*”, op. cit., pág. 40. Vid, también, BLANCO CORDERO, Isidoro, “*El delito de blanqueo de capitales*”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 74.

deshaciéndose el blanqueador del dinero sucio y, a cambio, obtiene un título de propiedad que le servirá para justificar la realización de posteriores negocios con el inmueble.

#### **4. La pasividad de las Administraciones Locales ante la corrupción urbanística**

Una de las principales causas de la alta criminalidad que rodea al urbanismo es la pasividad e inoperancia de los Ayuntamientos. La lucha contra la corrupción urbanística sería más eficaz si la Administración Local comunicara a la Fiscalía todas las vulneraciones contra la legalidad el territorio y el urbanismo que puedan presumirse o tenga las características de delito<sup>1497</sup>.

Se comprende que en la corruptela urbanística sean muy pocos los supuestos que se hayan trasladados al Ministerio Público, toda vez que la confabulación de la propia administración es precisamente hacer oídos sordos o tener la mirada en otro sitio cuando se esté realizando una obra ilegal. Somos conscientes de que no todos los Ayuntamientos miran para otro lado durante la comisión de la ilegalidad de las obras, pues la realidad es que existen muchos municipios que sí colaboran en la persecución de la vulneración urbanística pero son muy pocos los que lo hacen ante la propia corrupción en materia de urbanismo. En nuestra opinión sería conveniente que ante la pasividad de los Entes Locales de comunicar al Ministerio

---

<sup>1497</sup> Vid. CONDE- PUMPIDO TOURON, Cándido, “Urbanismo, corrupción y delincuencia”, en El Estado de derecho frente a la corrupción urbanística, Editorial La Ley, Madrid, 2007, pág. 22. La ineficacia de la sanción administrativa frente a las conductas contra la ordenación del territorio se ha debido, en parte, a que ha sido la propia administración la que ha creado ámbitos de tolerancia cuando no de directo aprovechamiento de actividades contrarias al debido uso del planeamiento urbanístico.



Fiscal cualquier desorden urbanístico o corrupción urbanística, que los propios administrados sean quienes adviertan a las autoridades sobre la observación de la comisión de estas actuaciones delictivas. Como recuerda QUINTERO OLIVARES<sup>1498</sup>, esperar colaboración de una Administración Local que se ha corrompido, es, como es lógico utópico, con independencia de que desde esa Administración, o por otras vías hayan llegado noticias suficientes de los hechos.

El derecho de todos los ciudadanos de denunciar cualquier atisbo de vulneración de la legalidad urbanística se encuentra recogido en el artículo 48 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, al disponer que será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales de lo Contencioso Administrativos, la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística. A mayor abundamiento, con la pasividad de las Corporaciones Locales para denunciar los desmanes urbanísticos de su término municipal, también se adiciona la carencia de control sobre la corrupción urbanística en la imposición de pocas sanciones a los sujetos que comenten estas conductas ilícitas. De la pocas multas que se imponen, las mismas resultan a veces ser ineficaces<sup>1499</sup>, pues no provocan efectos disuasorios a los infractores, toda vez que en la mayoría de los supuestos la sanción es satisfecha por el infractor sin que se vea restaurada la legalidad urbanística infringida, esto

---

<sup>1498</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”, op. cit., pág. 48.

<sup>1499</sup> Vid. BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa, “Algunas consideraciones en torno a la corrupción urbanística en España”, en el Derecho penal y la nueva sociedad, op. cit., pág. 61.

hace suponer a estos sujetos que con pagar la sanción, ya han cumplido la pena por la conducta ilícita cometida<sup>1500</sup>.

Existen otras maneras de pasividad o inoperancia por parte de los municipios, como puede ser el silencio positivo ante la solicitud de una licencia contraria a derecho. Esta pasividad puede tener aplicación penológica en nuestro texto punitivo, pues ante una indolencia o irresponsabilidad en no formalizar la denuncia ante la fiscalía o la autoridad judicial, se puede dar el tipo delictivo del artículo 408<sup>1501</sup> del CP del delito de omisión del deber de impedir delitos, o promover su persecución, o del 412.3, párrafo tercero del CP de denegación de auxilio. La responsabilidad de estas apatías de las Administraciones Locales corresponde en primer lugar a los Alcaldes, a no ser que tengan atribuidas las competencias en materia del urbanismo por delegación a la Junta de Gobierno Local, o algún Teniente de Alcalde en calidad de Delegado de Urbanismo. En opinión próxima manifiesta QUINTERO OLIVARES<sup>1502</sup>, que lo realmente sorprendente es que en los casos de delitos urbanísticos que se han producido hasta hoy ante los Tribunales, aparecen pocas consideraciones sobre la calificación que corresponde a la conducta de la autoridad administrativa responsable que vio como se desarrollaba la construcción o edificación ilegal, cuando en teoría, en todos los delitos urbanísticos, salvo que la acción se haya producido con rapidez y en un paraje poco visible, la

---

<sup>1500</sup> Vid.: GÓMEZ-CESPEDES, Alejandra/PRIETO DEL PINO, Ana María/ STANGELAN, Peter, *Urbanismo, corrupción y delincuencia organizada: Un proyecto en la Costa del Sol*, op.cit., pág. 3.

<sup>1501</sup> Artículo 408 CP: La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

<sup>1502</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Urbanismo y Corrupción en la Administración Local*, op. cit., pág. 53.

Administración tiene que verlo, y para ello cuenta con funcionarios o agentes (policía municipal o autonómica, celadores de costas, patrullas “verdes”, etc.).

## **II. POLITICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA URBANISTICA**

Nuestro país se ha convertido en las últimas décadas en una potencia turística mundial con un sobresaliente desarrollo económico, que debido a la alta demanda de suelo residencial, ha convertido a la industria del ladrillo y el cemento en pilar fundamental de la actividad económica española, originando con ello que los gobernantes de los municipios consientan y promuevan un desmesurado desarrollo urbanístico en nuestras ciudades, pero con más virulencia si cabe en las zonas del litoral español. Este enorme crecimiento, además de conseguir pingües beneficios para los empresarios que se han dedicado al sector económico de la construcción en detrimento de los intereses generales, también ha originado la consolidación de prácticas corruptas tanto públicas como privadas. Esta es la observación que ha apuntado parte de la doctrina más especializada en temas de corrupción urbanística, al señalar que entre los factores favorecedores de esta conducta criminal, cabe mencionar los elevados beneficios susceptibles de obtener con la actividad urbanística, la dependencia de esa actividad de un buen número de decisiones discrecionales administrativas, y la frecuente confluencia de intereses privados provenientes del ámbito económico privado y de los ejercientes de

funciones públicas, así como de intereses políticos partidarios<sup>1503</sup>. Una de las principales causas de estas prácticas corruptas es debido a que el control administrativo de la actividad urbanística, a desempeñar por las Administraciones Públicas ha fracasado, pues han sido incapaces de abordar la situación con una mínima eficacia, y no han querido hacer frente a la corrupción urbanística, lo que ha originado que en muchas ocasiones los intereses generales han cedido frente a los intereses privados, políticos y partidarios.

La doctrina más especializada coincide en que estas conductas delictivas se debe a la tolerancia de un capitalismo voraz cuyo enorme beneficio ha traído capitales de dudosa procedencia, y los intereses particulares de las autoridades y altos funcionarios se han antepuesto a los intereses generales, los partidos políticos han procurado financiación abusando de la discrecionalidad administrativa de la que gozan en este ámbito sus cargos políticos, y se ha buscado por los gobiernos municipales mejorar las expectativas electorales, mediante una abusiva potenciación de los ingresos procedentes del urbanismo para desarrollar actividades o servicios que suponen una extralimitación de sus competencias municipales, o para subsanar deficiencias de gestión financiera. Además de todo lo expuesto, también se achaca como causa de esta corrupción a las reclasificaciones y recalificaciones de suelo mediante continuas modificaciones a la carta del planeamiento, los convenios urbanísticos, y el abandono de la actividad inspectora, sancionadora, y ejecutora de sentencias por parte de las administraciones correspondientes.

---

<sup>1503</sup> Vid. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *“Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas”* Sección de Málaga del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología, Documento núm. 11, Valencia 2010, pág. 12.

Como se ha hecho mención con anterioridad a lo largo de este trabajo, para la sociedad española, el binomio corrupción y urbanismo<sup>1504</sup> está indisolublemente unida y es una práctica delictiva generalizada por toda la geografía española, pero donde más se acentúa es en la Administración Local, donde se considera que es un foco de corrupción permanente, de ahí que el Informe Global de corrupción 2007, señale que la multiplicación de escándalos en nuestro país vinculado a la denominada “*corrupción urbanística*” está reforzando la imagen “*cínica*” de la ciudadanía española sobre nuestros gobernantes, y contribuyendo a deslegitimar a las instituciones democráticas.

La corrupción urbanística está provocando que se socave la legitimidad de nuestros gobernantes, atentando contra la sociedad, el orden penal y la justicia. Por ello, con la finalidad de fortalecer las instituciones públicas, la estabilidad, la paz social y el desarrollo integral del Estado español, se debería combatir la propia corrupción urbanística desde la raíz<sup>1505</sup>.

Todos somos conscientes de que la lucha contra la corrupción urbanística es una tarea ardua<sup>1506</sup> y harto difícil, siendo para ello conveniente para erradicar esta corruptela, una acción al unísono de todos

---

<sup>1504</sup> Vid. CONDE- PUMPIDO TOURON, Cándido, “*Urbanismo, corrupción y delincuencia*”, en El Estado de derecho frente a la corrupción urbanística, op.cit., 2007, pág. 4. El urbanismo, que curiosamente es uno de los motores económicos de nuestro país, constituye también una fuente creciente de criminalidad que, en algunas zonas, fundamentalmente del Mediterráneo, ha generado una problemática social gravísima frente a la cual la respuesta de la Administración de Justicia no ha sido en ocasiones lo suficientemente rápida y eficaz.

<sup>1505</sup> Vid. LIEDO ÁLVAREZ, Manuel/LIÑANA RIBERA, Sara “*Medidas contra la corrupción urbanística: La visión del promotor*”, op. cit., pág. 207.

<sup>1506</sup> Vid. BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa, “*Algunas consideraciones en torno a la corrupción urbanística en España*”, op. cit., pág. 51.

los agentes públicos y privados que conlleve modificaciones de las leyes con el objetivo de un mayor grado de cumplimiento y un mayor endurecimiento de las penas, así como aplicación de medidas que alcancen la plena educación social para conseguir la mitigación y erradicación de la corrupción en materia de urbanismo. Para esta difícil empresa no hay nada más eficaz que hacer escuela, es decir, educar desde las universidades contra estas conductas ilícitas, toda vez que los universitarios serán nuestros gobernantes en el futuro.

Siguiendo la observación apuntada por BENITO SÁNCHEZ<sup>1507</sup> la mejor fórmula de atajar esta corrupción es eliminando o reduciendo las causas que la originan. Aunque en líneas anteriores se ha hecho mención a la medida para combatirla, “no hay mejor forma que hacer escuela”. Para empezar a mitigar las causas, nos referiremos a la insuficiencia económica de los propios Ayuntamientos como principal motivo de corrupción urbanística, siendo por ello necesario que para poder paliar esa insuficiencia de recursos, se deba realizar una reforma de las leyes relativas a la financiación de las haciendas locales, que permita una mayor participación de las Corporaciones Locales en los tributos del Estado. En esta línea se sitúa Díez Ripollés<sup>1508</sup> al señalar que el alivio de la insuficiencia financiera de los municipios españoles pasa por implementar buenas técnicas de cooperación y coordinación entre las diferentes Administraciones Públicas. Sería también conveniente la eliminación de los intermediarios en las transacciones inmobiliarias, a través de la integración de esos profesionales en las Administraciones, lo que provocaría la

---

<sup>1507</sup> BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa, “*idem*” op.cit, pág. 51.

<sup>1508</sup> Díez Ripollés, José Luis “*Prácticas ilícitas en la actividad urbanísticas: Un estudio de la Costa del Sol*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pág. 247

reducción de los elevados gastos de esas operaciones, y en su consecuencia se incrementarían los ingresos de los municipios. Otra forma de atajar la corrupción urbanística según BENITO SANCHEZ<sup>1509</sup>, es eliminar el blanqueo de capitales que esconde el urbanismo, conceptuando el mismo como el proceso o conjunto de operaciones mediante el cual los bienes o el dinero resultante de actividades delictivas, ocultando tal procedencia, se integran en el sistema económico financiero, pues este proceso de integración o de reconvención de los bienes obtenidos mediante la previa comisión de hechos delictivos que trata de conseguir, dan apariencia de haberlo sido de manera lícita.

No existe duda de que en la actualidad por parte de las instituciones públicas democráticas, se están adoptando medidas con la finalidad de, si no eliminar, por lo menos mitigar, estas conductas delictivas. Ejemplo de ello lo tenemos en la promulgación del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, donde se puede destacar la toma de importantes decisiones sobre el régimen del suelo, declaraciones de bienes y régimen de incompatibilidades de los representantes municipales, reserva de suelo para viviendas de protección oficial, protección de espacios naturales y publicidad de los instrumentos de planeamiento y gestión, y convenios urbanísticos.

Para combatir esta lacra delictiva sería conveniente, como ha sucedido en el Ayuntamiento de Marbella<sup>1510</sup> cuando se destapó el caso

---

<sup>1509</sup> BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa, *“Algunas consideraciones en torno a la corrupción urbanística en España”*, op.cit., pág. 52. Vid también, Vid. DÍAZ –MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *“Blanqueo de Capitales”*, en Mementos práctico Penal 2011, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, pág. 1129.

<sup>1510</sup>Vid Real Decreto 421/2006, de 7 de abril, por el que se dispone la disolución del Ayuntamiento de Marbella (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2006.

Malaya, que fuese procedente la disolución de las Corporaciones Municipales cuando se tenga la más mínima sospecha de que sus gobernantes estén inmersos en prácticas corrupta en relación con el urbanismo, así como también por parte de las Comunidades Autónomas el ejercicio de competencias disciplinarias en materia urbanística; reforzar la independencia, autoridad, y competencia de los técnicos municipales con habilitación nacional como son los secretarios, interventores y tesoreros de los propios Ayuntamientos con el objeto de que puedan verificar eficazmente la legalidad del aparato administrativo municipal. Otra de las medidas pasaría porque los fedatarios públicos (Notarios y Registradores) en garantía de los terceros de buena fe, anotarán marginalmente todos los procedimientos administrativos y jurisdiccionales sobre actuaciones urbanísticas sospechosa de encubrir algún tipo de ilícito<sup>1511</sup>.

En el ámbito regional la legislación autonómica debiera establecer en su normativa urbanística, límites más estrictos sobre la facilidad de realizar reclasificaciones y recalificaciones del suelo, mediante modificación o revisiones de los planeamientos. Estos límites también deben ser de aplicación al suelo clasificado como urbano que tenga en consideración las necesidades reales y no las especulaciones de crecimiento de la población. Estas normativas autonómicas debe regular con estricto rigor, los abusivos convenios urbanísticos que existen en la actualidad, y que tanta desconfianza está despertando entre la sociedad española; para ello se hace preciso, como ocurre en la legislación de Andalucía, la creación de registro

---

<sup>1511</sup> Vid. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *“Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas”* Sección de Málaga del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología, Documento núm. 11, Valencia 2010, pág. 14.



autonómico y municipal<sup>1512</sup> de instrumentos urbanísticos, agencias de disciplina urbanística en las Comunidades Autónomas, y de cuerpos especiales de inspectores urbanísticos con facultades de sancionar y ejecutar las sanciones.

En el ámbito de la Administración Local se debería de incrementar la transparencia y participación de los ciudadanos, con publicidad de todos los actos administrativos que conlleven decisiones significativas del planeamiento de los municipios. Así mismo sería conveniente que todos los órganos políticos municipales, se sometieran a controles de legalidad tanto internos como externos.

La jurisdicción contencioso administrativa debiera de situarse a la cabeza del control jurisdiccional, debiendo para ello acelerar los procedimientos en materia urbanística, y en especial las impugnaciones que sean trascendentales para la ciudadanía. Siendo preferente la ejecución de demoliciones como medida de restauración de la legalidad urbanística, con el cumplimiento de las sentencias que sancionan estas demoliciones bien de oficio, o por otra administración distinta de la condenada.

También sería una medida eficaz la condena de inhabilitaciones de los representantes municipales, con el objeto de evitar que estos políticos corruptos vuelvan a ser reelegidos en otras elecciones, así como un control exhaustivo sobre el sector inmobiliario que sea capaz de reducir la relación existente entre la corrupción urbanística y el blanqueo de capitales.

---

<sup>1512</sup> La Junta de Andalucía, de conformidad con lo establecido en la Ley 7/2002, reguladora de la Ordenación Urbanística de Andalucía, ha aprobado el Decreto 2/2004, que regula los Registros Administrativos Autonómicos y Municipales. Este registro tiene como finalidad dar publicidad tanto a los instrumentos de planeamiento como a los convenios urbanísticos y los bienes y espacios catalogados con el objeto de favorecer su pública consulta.

Una vez sentado lo anterior y en sintonía con la observación efectuada por FERNANDEZ PANTOJA<sup>1513</sup>, trataremos de resumir las principales medidas político criminales que serían convenientes realizar al objeto de combatir la criminalidad urbanística:

- Líneas de mejoras en el ámbito administrativo:
  - a) Reforzamiento de los sistemas de control interno de los entes locales (profesionalización funcional de los técnicos municipales) que pongan de manifiesto imparcialidad e independencia.
  - b) Efectividad de controles externos de inspección y asesoramiento (organismos específicos coordinados y controlados a nivel estatal).
  - c) Establecimiento de plazos para la evacuación de trámites y controles de productividad.
  - d) Mejoras en los sistemas de financiación de los Ayuntamientos.
  - e) Estricta legislación en materia de incompatibilidades de los miembros de los equipos de gobierno que nos representan en las Administraciones Locales y altos cargos de la Administración.
  - f) Una mayor transparencia y participación pública.
  - g) Mayor facilidad para conocer posibles prácticas corruptas, a través de un fácil acceso a organismos u oficinas a las que se puedan comunicar posibles irregularidades que eliminen los recelos a

---

<sup>1513</sup> FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, “Responsabilidad penal por delitos urbanísticos versus responsabilidad política”, op. cit., pág.93.

verse involucrados en la investigación, y prueba de los hechos a quienes denuncian o informan de los hechos.

- Líneas de mejoras en el ámbito penal<sup>1514</sup> .:
- a) Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo deben de acomodarse al Texto Refundido de la Ley del Suelo 2008 a la hora de identificar las infracciones más graves.
- b) De acuerdo con los principios de fragmentariedad y subsidiariedad que le inspira, el control penal debería surgir únicamente para prevenir las infracciones urbanísticas más graves y necesitadas de una intervención más enérgica.
- c) Las Sanciones y otras reacciones deben perseguir como objetivos fundamentales la prevención general, la intimidación e inocuización del delincuente y la reparación del daño causado.
- d) Las penas de prisión deben ser elevadas en proporción a la gravedad de las conductas tipificadas.
- e) El comiso efectivo de los beneficios obtenidos o de sus transformaciones, debe ser suficientemente disuasorios y superior en su cuantía a los daños causados.
- f) Las inhabilitaciones han de ser una reacción destacada debiendo repercutir en cualquier entramado personal o societario controlado por el culpable o del que se beneficia.

---

<sup>1514</sup> Vid GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, “Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas”, op. cit., pág. 11-19.

- g) La demolición como medida de restauración de la legalidad urbanística alterada debe ser de obligatoria imposición, excepto en los supuestos debidamente fundamentados, siendo preciso prever medidas ágiles para su rápida ejecución, y compensación a terceros en su caso.
- h) Perfeccionar los delitos que guardan relación con las incompatibilidades de los funcionarios públicos.
- i) El control penal ha de incidir de un modo más específico y riguroso sobre las actuaciones ilegales de notarios y registradores.

### III. EL BLAQUEO DE CAPITALS PROCEDENTE DE NEGOCIOS ILÍCITOS

En relación con la actividad delictiva de la corrupción urbanística, existe vinculación con otros tipos delictivos a través de grupos de delincuencia económica<sup>1515</sup>. Siguiendo la postura de SANZ MULAS<sup>1516</sup>, podemos destacar como figuras delictivas, la prevaricación administrativa de los artículos 404 y 320; el tráfico de influencias de los artículos 428 a 431; la malversación de caudales públicos de los artículos 432 a 435; los

---

<sup>1515</sup> Vid. DÍEZ RIPOLLES, José Luís/GÓMEZ-CÉSPEDES, Alejandra, “*La corrupción urbanística: Estrategias de análisis*”, op. cit., pág. 3. A pesar de que la delincuencia económica no es un fenómeno nuevo, puede afirmarse que la actitud europea de denuncia y puesta de relieve sí es una postura reciente, pues hasta hace muy poco tiempo existía una especie de indulgencia, en algunos casos incluso una inmunidad de *facto*, de cara a la delincuencia económica, que era habitualmente definida como una delincuencia de cuello blanco. La delincuencia económica era considerada falsamente menos peligrosa para la sociedad o, cuando menos, menos perjudicial que la delincuencia tradicional, probablemente porque era difícil de advertir su amenaza.

<sup>1516</sup> SANZ MULAS, Nieves, “*Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)*”, La Ley Penal, número 45, Sección Legislación aplicada a la práctica, enero 2008, Madrid, pág. 13 a 23. Vid también FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, “*Responsabilidad penal por delitos urbanísticos versus responsabilidad política*”, op. cit., pág.80.

fraudes y exacciones ilegales de los artículos 436 a 438; las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos de los artículos 439 a 441 y el uso de secreto de la información privilegiada del artículo 442. Además de lo anterior, también hay que adicionar la desobediencia judicial al no paralizar las obras; estafas de masa agravadas; falsedades de documentos; administración desleal del patrimonio; maquinaciones para alterar el precio de las cosas; delitos contra el medio ambiente; y delitos contra la hacienda pública y el orden socioeconómico.

De todas estas figuras delictivas, donde mejor acomodo ha tenido el blanqueo de capitales, ha sido en el sector inmobiliario a través de grupos de delincuencia organizada, que utilizan la especulación inmobiliaria con el objeto de lavar el dinero negro procedente de negocios sucios. Esto no quiere decir que siempre que se produce el blanqueo de capitales su procedencia tenga su origen en actividades ilegales, pues se puede dar el caso de que existan flujos de capitales que tengan su procedencia de actividades legales, pero que a través de operaciones inmobiliarias interesen conseguir elusiones fiscales o ventajas fiscales ilícitas<sup>1517</sup>. Sostiene BENITO SÁNCHEZ<sup>1518</sup>, que la segunda causa de corrupción en el sector urbanístico es el blanqueo de capitales, dado que el dinero negro tiene una tendencia casi natural a refugiarse en el patrimonio inmobiliario,

---

<sup>1517</sup> Vid. DÍEZ RIPOLLES, José Luís/GÓMEZ-CÉSPEDES, Alejandra, “*La corrupción urbanística: Estrategias de análisis*”, op. cit., pág. 19. En cualquier zona que haya actividad económica vinculada a un sector de rápido crecimiento llegarán, sin duda alguna, inversores de las más diversas índoles. La mayoría de las veces se tratará de inversores muy honrado, pero también arribarán inversores faltos de honradez con capitales de dudosa procedencia. En este último caso, esos capitales no siempre procederán de actividades delictivas graves, sino que incluso puede tratarse de capitales ganados de manera ortodoxa pero que buscan eludir el fisco o una fiscalidad ventajosa.

<sup>1518</sup> BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa, “*Algunas consideraciones en torno a la corrupción urbanística en España*”, op.cit., pág. 52.

y que la inversión inmobiliaria es la técnica preferida por los blanqueadores en España.

Antes se ha apuntado de forma breve lo que se podía considerar blanqueo de capitales o bienes, conceptuándose el mismo como el proceso, o conjunto de operaciones mediante el cual, los bienes o el dinero resultante de actividades delictivas, ocultando su procedencia, se integra en el sistema económico y financiero. En nuestro país para referirse a estas conductas delictivas se utiliza la terminología de “*blanqueo*”, aunque también se suele utilizar otra expresión como “*lavado*” o incluso “*reciclaje*”. En Francia se utiliza la expresión “*blanchiment de l'argent*”, en Portugal la de “*branqueamento de capitais*”, en Italia, “*riciclaggio*”, en Estado Unidos, “*Money laundering*” en Alemania “*Geldwäsche*”, en Austria, “*Geldwäscherei*”.

Como norma general estas operaciones delictivas están inmersas en una criminalidad organizada, de ahí que DIAZ MAROTO Y VILLAREJO<sup>1519</sup>, considere como delincuencia organizada, la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente y reiterada, conductas que tengan como fin cometer determinados delitos entre los cuales está el blanqueo de capitales. Siendo, este lavado de capitales el culmen de la peligrosidad criminal organizada, las mafias aunque operan en el campo del narcotráfico. También esa criminalidad organizada se mueve en otras actividades como pueden ser el tráfico de armas, obras de arte, prostitución, emigración clandestina, extorsión, etc.

---

<sup>1519</sup> DÍAZ –MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “*Blanqueo de Capitales*”, en Mementos prácticos Penal 2011, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pág. 1129.

En nuestro país el blanqueo de capitales está regulado en los artículos 301 a 304 del CP, incluido en el Capítulo XIV (dentro de la rúbrica “*De la receptación y el blanqueo de capitales*”) del Título XIII del Libro II que se denomina “*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*”.

Sentado lo anterior, a partir de ahora nos centraremos en la relación entre blanqueo de capitales y la actividad del sector inmobiliario, pues como hemos hecho alusión con anterioridad esta última actividad es uno de los mejores medios donde se puede lavar el dinero negro, que se origine en las actividades ilícitas de la delincuencia organizada. Estas conductas criminales cobran más gravedad si cabe, cuando son cometidas por autoridades, funcionarios públicos o cargos políticos a modo de cooperadores, o cómplices que pasan a integrarse en estos grupos organizados. Para una mejor comprensión de la relación de la manera de lavar capitales sucios de procedencias ilícitas en el sector del inmueble, es la que efectúa el Instituto Andaluz de Interuniversitario de Criminología llamada “*Hipótesis sobre la fase de la corrupción urbanística*” y cuyos principales enunciados se basan en:

1.- En una primera fase se constataría que algunos promotores o constructores recibirían un trato de favor por parte del consistorio, que se reflejaría en la permisividad respecto de ciertas irregularidades cometidas, la venta de aprovechamiento urbanístico a un precio inferior al de mercado o la recalificación de terrenos en función de sus intereses.

2.- A partir de ahí la zona resultaría atractiva para el blanqueo de capitales. Inversores extranjeros con dinero procedente del narcotráfico u

otros delitos adquieren propiedades inmobiliarias, dando lugar con ello a un incremento de los precios y a un aumento de los beneficios en el sector.

3.- Una vez afincados en la zona, esos inversores efectuarían compras a gran escala de terrenos rústicos, hoteles y otras instalaciones del sector servicios.

4.- Mas tarde, y a fin de rentabilizar sus inversiones, los sujetos antes referidos se infiltrarían en las redes de intereses clientelares existente. Su objetivo sería lograr convenios urbanísticos y recalificaciones de terrenos. Para lograrlo, podría llegar a hacerse con el control de compañías inmobiliarias, promotoras y constructoras.

5.- El último paso a dar por quienes ya controlan buena parte de la actividad urbanística y turística, sería hacerse con el control político del municipio, de manera que existirían partidos políticos y candidatos a la alcaldía dirigidos por grupos de delincuencia organizada dispuestos a financiar sus campañas o hacer opulentas donaciones contributivas a los mismos.

Como vemos, existen múltiples formas de reciclar el dinero sucio, como cuando alguna persona compra un inmueble y pasado unos años lo enajena a un precio más elevado al que lo compró, pagando los correspondientes impuestos junto con la plusvalía, y en su consecuencia al atribuir un destino legal a ese dinero resulta que consigue el lavado de dinero del mercado ilícito. Hay quien junto a esta técnica de blanquear el dinero introduciéndolo en la compra de bienes inmuebles, utiliza sociedades que actúan como intermediarias y que cuando sean vendidos el



beneficio obtenido se convertirá en dinero legal<sup>1520</sup>. Para un sector doctrinal entre el blanqueo y la corrupción, existe una simbiosis ciertamente peculiar, en unas ocasiones, la corrupción sirve al blanqueo, al objeto de facilitarle los cauces oficiales para poder disfrutar pacíficamente de los fondos obtenidos; esto es, se emplean cauces corruptos para blanquear; y en otras, el blanqueo es el instrumento que, en manos habitualmente de los operadores financieros, permite legalizar los beneficios derivados de la corrupción; esto es, el blanqueo lava el producto de la corrupción<sup>1521</sup>.

Todas estas formas de reciclar el dinero sucio procedente de actuaciones criminales en el campo inmobiliario, fue agravada con la entrada del euro, pues estas mafias se dieron prisa en sacar el dinero negro para su conversión en la moneda nueva, originando con ello un notable aumento de la demanda de compra-venta de bienes inmuebles, provocando elevar los precios de las viviendas, teniendo mayor impacto en la zona del litoral español<sup>1522</sup>.

Para tratar de corregir el blanqueo de capitales en el sector inmobiliario, el gobierno español está llevando a cabo una serie de medidas como pueden ser el Plan de Prevención del Fraude Fiscal, que en su

---

<sup>1520</sup> Vid. BLANCO CORDERO, Isidoro, *“El delito de blanqueo de capitales”*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 74.

<sup>1521</sup> Vid. SANZ MULAS, Nieves, *“Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)”*, op. cit., pág. 4. Para esta autora, no cabe duda, que el sector inmobiliario ofrece oportunidades ideales para blanquear dinero con muy bajas posibilidades de detención, dado que existe un gran número de operaciones sobre bienes inmuebles que pueden ser empleadas para integrar dinero ilícito en la economía, adoptando muchas veces la forma de inversiones de sociedades extranjeras que adquieren inmuebles en zonas turísticas españolas con fondo procedentes de otros países, normalmente paraísos fiscales. Vid, también, FABIAN CAPARRÓS, Emilio, *“Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción. Algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la convención de la OCDE sobre soborno de funcionarios públicos extranjeros en la transacciones comerciales internacionales, año 1997”*, Aquilafuente, núm., 38, 2002, pág. 105.

<sup>1522</sup> Vid. VERCHER NOGUERA, Antonio. *“La corrupción urbanística. Una nueva expresión delictiva”*, en Clave de Razón Práctica, núm. 139, enero-febrero 2004, pág. 32.

apartado cuarto se dedica al fraude en el sector inmobiliario. Las causas que justificaron al gobierno para la adopción de la medida de este Plan son las siguientes:

- a) Existencia de una fuerte percepción social de que el fraude está muy extendido en este sector, por lo que además, en la medida en que incide en un bien social como la vivienda, fomenta entre los ciudadanos una cierta sensación general de fraude fiscal.
- b) La multitud de transacciones económicas, su opacidad y la falta de organización de los mercados, provocan disparidades en los precios, dificultando la utilización de referencias de valoración válidas, lo cual facilita la manipulación de los valores ya desde las primeras transmisiones lo que, a su vez, posibilita la ocultación del verdadero valor en las siguientes operaciones.
- c) Al tener los bienes inmuebles un alto valor, se producen importantes riesgos de fraude: por una parte, el sector inmobiliario es propicio a la generación de dinero negro, por ocultación de las ganancias reales en muchas operaciones (y de los impuestos indirectos que las gravan) y, por otra, es idóneo para “blanquear” dinero oculto al fisco, generado en cualquier otro sector de actividad, incluso por particulares, que invierten las ganancias ocultas en inmuebles.
- d) El desarrollo de los procesos de urbanización y promoción se produce en un dilatado plazo temporal, lo que dificulta su control y seguimiento.
- e) Las actuaciones urbanísticas se suelen desarrollar con gran dispersión territorial en diferentes polígonos, y los agentes que

intervienen en las transacciones pueden estar domiciliados o localizados, a veces interesadamente, en otros ámbitos territoriales diferentes, lo que dificulta las transferencias de información y el control.

- f) Existencia de numerosos entramados, más o menos complejos, de empresas con intereses de grupo, lo que exige su tratamiento unitario para que el control sea eficaz.

Para el gobierno español los fraudes más frecuentes que se pueden cometer en el sector inmobiliario son la ocultación de la titularidad de los bienes, o la intervención del operador económico en determinadas fases del proceso urbanístico, dado que muchas transmisiones no se inscriben en el Registro; efectuar declaraciones de las transmisiones por valores inferiores a los reales, al mismo tiempo que se ocultan beneficios y se posibilita el blanqueo de dinero negro, con falseamientos en las escrituras públicas y sistemas de valoración diferentes según impuestos; y la ocultación de la explotación de los inmuebles, básicamente de arrendamientos de viviendas. Pero donde mayor énfasis pone el gobierno es en las inversiones de inmuebles de los no residentes. Pues entre los riesgos está el uso de sociedades interpuestas para la adquisición de inmuebles en España y la ocultación de la verdadera titularidad de los fondos destinados a estas inversiones, con uso de sociedades domiciliadas en paraísos fiscales, y que, en buena parte, se han transformado en sociedades limitadas españolas, con el objeto de poder eludir el gravamen especial, previsto exclusivamente para entidades no residentes.

Otra de las grandes medidas que ha llevado a cabo el gobierno español para evitar el blanqueo de capitales a través del sector inmobiliario, ha sido la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal conteniéndose en su ordinal III de la Exposición de Motivos, que otro de los grandes referentes de esta Ley es el fraude en el sector inmobiliario, en el que las novedades se dirigen a la obtención de información que permita un mejor seguimiento de las transmisiones y del empleo efectivo que se haga de los bienes inmuebles. Para ello se establece la obligatoriedad de la consignación del Número de Identificación Fiscal (NIF), y de los medios de pago empleados en las escrituras notariales relativas a actos y contratos sobre bienes inmuebles. La efectividad de estas prescripciones queda garantizada al fijarse como requisito necesario para la inscripción en el Registro de la Propiedad de tales escrituras. Por otro lado, se exige también la consignación de la referencia catastral en los contratos de suministro de energía eléctrica y de arrendamiento, o en los de cesión de uso de bienes inmuebles, para permitir su correcta identificación. Otras de las novedades de esta ley es la modificación del artículo 254 del la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, que previene que no se haga ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieron por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir; que no se practique ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad de títulos relativos a actos o contratos por los que se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria, cuando no consten en aquellos todos los números de identificación fiscal de los comparecientes y, en su caso, de las personas o

entidades en cuya representación actúen; que tampoco se realice inscripción en el Registro de la Propiedad de títulos relativos a actos o contratos por los que se declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, cuando la contraprestación consistiera, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, si el fedatario público hubiere hecho constar en la Escritura la negativa de los comparecientes a identificar, en todo o en parte, los datos o documentos relativos a los medios de pago empleados.

Otra de las normativas aprobadas por el gobierno para luchar contra el blanqueo de capitales fue la promulgación del Real Decreto 54/2005, de 21 de enero, por el que se modifican el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, aprobado por el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, y otras normas de regulación del sistema bancario, financiero y asegurador. Este Real Decreto impone a los sujetos obligados, entre los que se encuentran las empresas dedicadas a las actividades de promoción inmobiliaria, agencia, comisión o intermediación en la compraventa de inmuebles, nuevas obligaciones legales que se deben cumplir con la finalidad de evitar o dificultar el blanqueo de capitales.

#### **IV. COHECHO URBANISTICO**

De todos es conocido que la actividad económica de la construcción mueve cantidades millonarias de dinero que reportan grandes beneficios a promotores y constructores. Eso, unido a que las autoridades y funcionarios

públicos son los responsables de las tomas de decisiones sobre el planeamiento de los municipios, bien sea reclasificando o recalificando el suelo de su término municipal, así como también son los sujetos que otorgan las licencias urbanísticas. Pues bien, en este mapa se pueden dar dos situaciones anómalas; primero los promotores y constructores estarán en disposición de pagar cuantiosas cantidades por sobornos a las autoridades y funcionarios públicos si recalifican a la carta en el planeamiento urbanístico y en su consecuencia, este cambio del suelo conlleva enormes beneficios para los profesionales del sector de la construcción, con lo cual las autoridades y funcionarios públicos recibirán a cambio una buena parte de esa tarta. En este particular señala POZUELO PÉREZ <sup>1523</sup> que dentro de todas las modalidades de cohecho que sanciona el Código penal, interesan en este punto las que tienen que ver con las dádivas o promesas cuya finalidad sea, por un lado, obtener licencias urbanísticas, informes favorables de proyectos de edificación y, en general, la obtención o agilización de cualquiera de los trámites que integran este procedimiento. La dádiva o promesa puede tener como objetivo la legalización de unas obras ilegales, o un cambio en el tipo de suelo, o de sus usos o aprovechamiento. También es posible que la dádiva pretenda que el funcionario competente no cumpla con su obligación relativa a la demolición de una obra ilegal, tanto en lo que se refiere a ordenarla, como a ejecutar la orden si ésta ya existe.

A modo de resumen el delito de cohecho urbanístico puede aparecer de la siguiente manera:

---

<sup>1523</sup> POZUELO PÉREZ, Laura, “*La respuesta penal a la corrupción urbanística*”, op. cit., pág. 89.

- Cuando la dádiva o promesa tiene por objeto la modificación del planeamiento urbanístico para legalizar unas obras ilegales o para cambiar el tipo de suelo o sus usos o aprovechamiento.
- Cuando la dádiva o promesa tiene la finalidad de obtener licencia municipal de obra, o del informe favorable de proyecto de edificación, así como la agilización de los trámites en materia de urbanismo.
- Cuando la dádiva tiene por objeto que por quien corresponda no ejecute la demolición de una obra ilegal o no ordene la misma<sup>1524</sup>.

### **1. La dádiva en relación con el procedimiento de licencia.**

Será responsable el Alcalde o el Delegado de Urbanismo o en su caso la Junta de Gobierno Local, si la dádiva tiene como finalidad la obtención de licencia urbanística. Si lo que se pretende es la obtención de un informe positivo de proyecto de edificación los responsables serán los técnicos encargados de emitir el informe que presten sus servicios para el Ayuntamiento<sup>1525</sup>. Si la dádiva es para otro trámite del proceso de otorgamiento de licencia, será responsable quien tenga atribuida la competencia concreta.

---

<sup>1524</sup> Vid. BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa, “*Algunas consideraciones en torno a la corrupción urbanística en España*”, op.cit., pág. 65.

<sup>1525</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “*La delincuencia urbanística*”, op. cit., pág. 119. Si se trata de obtener un informe favorable del proyecto técnico de edificación o de licencia y el Ayuntamiento no contara con los servicios técnicos y jurídicos, el sujeto activo será quien realice esa labor en la entidad comarcal o metropolitana en que aquella corporación esté integrada o bien en el servicio de asistencia urbanística que la Diputación Provincial tuviese establecido para el concreto municipio.

La conducta típica en estos tipos de delitos en los casos de otorgamiento de licencia urbanística, habrá que atender al supuesto concreto, si la misma se concede sin transgresión de la normativa urbanística, estaremos ante un cohecho de acto propio tipificado en el artículo 420 del CP; si por el contrario la licencia se otorga vulnerando la norma urbanística y de forma arbitraria, a sabiendas de su injusticia, estaremos en presencia un acto contrario a los deberes inherentes al cargo que se tipifica en el artículo 419 del CP.

Si de lo que se trata es de la emisión de un informe favorable a un proyecto de edificación o de licencia la conducta típica será la misma que se ha comentado para los casos de concesión de licencia urbanística. Sin embargo cuando la dádiva se hace entrega para un determinado trámite del procedimiento de obtención de la licencia urbanística, y la conducta se realiza a sabiendas de su injusticia, en cuyo caso estaremos ante un delito de cohecho por solicitar o recibir dádiva que tenga como finalidad un acto contrario a los deberes inherentes al cargo tipificado en el artículo 419 CP; sí por el contrario no existe arbitrariedad ,se tratará de un delito de cohecho de acto propio del cargo, regulado en el artículo 420 CP<sup>1526</sup>.

---

<sup>1526</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “*idem*”, op. cit., pág. 120. Para esta autora cabría pensar también en que alguien pagara a un funcionario público para que retrasara un determinado trámite; en este caso, si la conducta del funcionario consiste en omitir la actividad necesaria para llevar a cabo esa concreta tramitación, nos encontraríamos ante el cohecho regulado en el art. 421, que consiste en que el funcionario público se abstenga de realizar un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo.



## **2. La dádiva en relación con el procedimiento de aprobación de planes urbanísticos**

En este supuesto cabe diferenciar la responsabilidad dependiendo del momento del procedimiento donde se ha cometido el cohecho; si el mismo se realizó en el estadio de la aprobación inicial y provisional del plan urbanístico, los sujetos activos serán los miembros del Ayuntamiento que hubiesen votado a favor de su aprobación, sin embargo, si el delito se cometió en la fase de aprobación definitiva del instrumento urbanístico, la responsabilidad recaerá sobre los miembros de la Comunidad Autónoma donde pertenezca el Ayuntamiento que hayan votado favorablemente el mismo<sup>1527</sup>.

En la conducta típica de recibir o solicitar dádivas en los procedimientos de aprobación de planes urbanísticos, se pueden también distinguir los supuestos en que exista o no arbitrariedad, y que el actuar del funcionario público sea a sabiendas de su injusticia:

- 1) Acto contrario a los deberes inherente al cargo del funcionario público (art. 419). Este supuesto se dará cuando se solicite o recibe dádiva de un particular, a cambio de que antes de la aprobación definitiva del plan urbanístico en trámite se introduzca en el mismo algunas modificaciones que favorezcan a un particular en contra del interés general.
- 2) Acto no contrario a los deberes inherentes al cargo del funcionario público (art. 420). Este supuesto puede aparecer cuando se solicite o reciba dádiva para que se lleve a cabo la

---

<sup>1527</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “Tratamiento de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 15 de enero de 2007”, La Ley Penal, núm. 38, Sección Estudios, Mayo 2007, Editorial La Ley.

firma de un convenio urbanístico no contradiciendo la normativa urbanística, y sin que afecte al interés general, pero beneficiando al particular que hace la entrega u ofrece la dádiva.

### **3. La dádiva en relación con las órdenes de demolición.**

En este supuesto cabe diferenciar los sujetos activos que tienen competencias para dictar la orden de demolición y los que la tienen atribuida para la ejecución de la demolición. Será competente para ordenar la demolición el Alcalde o concejal Delegado de Urbanismo de las obras ilegales sin licencia concedida, las que no se ajusten a la licencia concedida y las que se ejecutaron con una licencia posteriormente declarada nula porque la misma contradecía la ordenación urbanística<sup>1528</sup>. Si el obligado a la demolición es el propio infractor incumpliendo el plazo de la misma, será el Ayuntamiento el que deberá tomar la opción de la ejecución subsidiaria de demolición a costa de ese infractor.

Como se ha comentado, la conducta típica en el ámbito de la demolición se puede dar en dos supuestos diferenciados:

Cuando el órgano o funcionario público competente no ordena la demolición a pesar de reunir los requisitos legales y solicita o recibe dádiva con la finalidad de abstenerse de dictar el acto de demolición al que está obligado.

El segundo supuesto aparece cuando existe el dictado de la orden de demolición y aún así, el funcionario público solicita o recibe dádiva con la finalidad de que dicha orden no se lleve a cabo.

---

<sup>1528</sup> Vid. SANZ MULAS, Nieves, “Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamiento y comisiones ilegales), op. cit., pág. 13.

## **V. MEDIDAS PARA EVITAR LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA EN LA FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS**

La Ley Orgánica 3/1987, sobre Financiación de Partidos Políticos fue la primera ley de la democracia que reguló las fuentes de ingresos de estas instituciones, que aunque son considerados como asociaciones privadas, cumplen funciones públicas transcendentales de nuestro sistema democrático, al ser instrumento de representación política y de la formación de la voluntad popular. Esta ley al quedar obsoleta y anacrónica fue sustituida por la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, que en su Exposición de Motivos establece que la anterior ley no garantizaba la estabilidad del sistema democrático, de manera adecuada con la suficiente regularidad y transparencia de su actividad económica; así como que también durante los veinte años de su vigencia, se han experimentado muchos cambios políticos figurando entre ellos la aparición ante la opinión pública de posibles irregularidades, destacando entre ellas la corrupción urbanística vinculada en algunos casos a la financiación de los partidos políticos.

En la Exposición de Motivos de la LO 8/2007, se justifica que esta Ley, obedece entre otros motivos a un amplio sentir de la sociedad y de la opinión pública ciudadana, sobre la necesidad que la financiación de los partidos políticos, se dote de mayor transparencia y control, y para ello se pretende que se asuma definitivamente el ejercicio de la soberanía popular, lo que exige que el control político de las instituciones elegidas en las urnas corresponda en último extremo al ciudadano, de ahí que sea necesario establecer garantías y más medios para que el sistema de financiación no

incorpore elementos de distorsión entre la voluntad popular y el ejercicio del poder público. Esta ley tampoco permite la financiación de manera totalmente liberada, toda vez que podría resultar cuestionable la influencia que una determinada decisión política, pueda ejercer de las aportaciones procedentes de una determinada fuente de financiación donde se puede encontrar la corrupción urbanística de los Entes Locales. El espíritu de la LO 8/2007, no es otro que la financiación de los partidos políticos sea mixto, es decir, que la financiación corresponda a las aportaciones de la ciudadanía, y de los recursos de los poderes públicos en proporción a su representatividad.

Aunque esta Ley sigue vigente, ha sufrido una modificación por la Ley Orgánica 5/2012 de 22 de octubre, que entre sus objetivos se marca introducir en el articulado las medidas sobre la necesidad de reforzar la diferenciación entre los mecanismos de financiación de los partidos políticos y las de las fundaciones y asociaciones vinculadas a estos. Esta reforma también ha ampliado el número de sujetos que no pueden financiar las actividades de los partidos políticos por recibir aportaciones directas o indirectas de las Administraciones Públicas. Asimismo, con el objeto de evitar la corrupción, se ha prohibido que los partidos políticos acepten donaciones de empresas privadas que presten servicios o realicen obras para las Administraciones Públicas, haciéndose también extensiva la medida a las empresas pertenecientes al mismo grupo, a empresas participadas mayoritariamente por aquellas y a sus fundaciones. Se impide a los partidos políticos, aceptar donaciones de fundaciones privadas que reciban subvenciones de las Administraciones Públicas y cuyo presupuesto esté integrado por aportaciones públicas.

Esta reforma, con el objeto de dar cumplimiento al principio de transparencia, obliga a los partidos políticos a hacer pública la información contable, preferentemente a través de su página web, así como también la obligación de notificar al Tribunal de Cuentas las donaciones superiores a cincuenta mil euros y las de los bienes inmuebles, y los acuerdos que suscriban con entidades de crédito que suscriban condiciones sobre las deudas.

En nuestra opinión, aunque consideramos que son importantes los avances realizados a través de las Leyes Orgánicas 3/1987 y 8/2007 con la finalidad de evitar la corrupción de los partidos políticos a través de financiaciones, irregularidades, entendemos que en aras de evitar conductas delictivas y entre ellas, la corrupción urbanística, habría que tener un control exhaustivo sobre la financiación que pueden recibir los partidos políticos de las Corporaciones Locales, pues no es menos cierto que el urbanismo en los Ayuntamientos mueve grandes cantidades de dinero por las circunstancias de tener los Consistorios la mayor parte de las competencias en esta materia. No podemos olvidar que la mayoría de los supuestos de corrupción urbanística se realiza por los gobernantes municipales, que hacen a sus anchas un urbanismo a la carta que reporta grandes beneficios a particulares, en detrimento del interés general. Por ello, siempre cabrá la sospecha de que los partidos políticos acaben siendo financiados con dinero sucio proveniente de las corrupciones urbanísticas. No hay que olvidar que los ingresos que acarrea el urbanismo, constituye el sector competencial más decisivo en el que se desenvuelve los problemas administrativos de los gobiernos municipales y es la vía principal de

financiación de los ayuntamientos<sup>1529</sup>. Somos consientes de que cuando la clase política con abuso de poder comete irregularidades en un proceso de decisión a cambio de un incentivo o ventaja en una materia como es el urbanismo provoca, la corrupción urbanística, que tiene como causa principal las grandes competencias que se le atribuyen a las Corporaciones Locales frente a la precaria situación económica por la insuficiencia de recursos económicos que dispone<sup>1530</sup>.

Sobre la financiación de los partidos políticos, el Grupo de Estados contra la corrupción (GRECO)<sup>1531</sup> en un informe de 1 de abril de 2011, suspendió al Estado español por no cumplir las recomendaciones dadas, considerando el Grupo que una de las causas pendientes es la opacidad de las cuentas de las agrupaciones locales. En este informe acoge con satisfacción el interés demostrado por el Tribunal de Cuentas pero para ello debe realizar cambios legislativos que mejoren la transparencia en las cuentas de los partidos políticos con el objeto de reducir la corrupción en un sector que se identifica como proclive. Como se ha comentado, el GRECO considera que nuestro país debe de realizar cambios en materia de

---

<sup>1529</sup> Vid. AMEZCUA ORMEÑOZ, Emilio, “*Génesis y evolución de la corrupción urbanística en España en el Bienio 2006-2007. Aproximaciones a la nueva Ley del Suelo en el contexto de la corrupción*”, op. cit., pág. 32 y ss.

<sup>1530</sup> Vid. FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, “*Responsabilidad penal por delitos urbanísticos versus responsabilidad política*”, op. cit., pág.74. La Ley Orgánica 8/2007 lejos de resolver un problema lo siguió manteniendo, el hecho de que como señala su artículo 2 entre los recursos públicos para la financiación de estas instituciones se encuentren los que puedan provenir de las Corporaciones Locales deja abierta una puerta al recelo que, insistimos, no tiene otra causa más que los comportamientos anteriores de los propios partidos políticos, a ello se ha de añadir el dato reiteradamente expuesto de las enormes cantidades de dinero e intereses que mueve el urbanismo territorial en el que los entes locales tienen las máxima competencias.

<sup>1531</sup> El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) se constituyó en 1999 en el ámbito del Consejo de Europa con la finalidad de controlar el cumplimiento por los Estados de las normas anticorrupción adoptadas en la Organización, con el objetivo de mejorar la capacidad de sus miembros en la lucha contra la corrupción mediante un procedimiento de evaluación y de seguimiento de las prácticas adoptadas en cada caso.

transparencia en la financiación de los grupos políticos, donde se incluyan con precisión los ingresos y gastos de las sucursales locales, entidades y fundaciones vinculadas, debiendo fortalecer también el control interno de los partidos con aplicación de sanciones más amplias y dotar de mejoras al Tribunal de Cuentas para un eficaz cumplimiento de las responsabilidades de supervisión y sanción, toda vez que este Tribunal no ha tenido la colaboración suficiente ni ha podido cruzar datos con el Banco de España, que ha denegado realizar información sobre los créditos concedidos a los partidos políticos. El Grupo GRECO en el informe final de 2013 versó sobre el principio incriminatorio de la corrupción y la financiación de los partidos políticos, y campañas, así como la tipificación en el Código Penal español de los delitos recogidos en los principios, y en particular, en el Convenio Penal, el informe final registra que la mayoría de las recomendaciones y observaciones realizadas por el equipo evaluador de 2009, han sido en buena medida cumplidas con la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal<sup>1532</sup>. En palabras de FERNÁNDEZ PANTOJA<sup>1533</sup> desde el propio Consejo de Europa, se ha destacado la financiación de los partidos políticos como fuente principal de corrupción en el Estado español destacando tres tipos de financiación irregular: la obtención de donativos que proceden de grandes empresas españolas o extranjeras, directamente o a través de empresas intermedias, la

---

<sup>1532</sup>Vid. AYMERICH CANO, Carlos, *“Marco Jurídico de la Corrupción Española”*, Seminario Internacional sobre Ética Pública y Corrupción, Mendoza, 2-3 de diciembre de 2013, pág. 3, Vid también, Noticias el País de 25 de abril de 2011, así como, MARTÍNEZ COUSINOU, Gloria, El diario.es, Agenda Pública. Nueva Política de 18 de septiembre de 2013.

<sup>1533</sup> FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, *“Responsabilidad penal por delitos urbanísticos versus responsabilidad política”*, op. cit., pág.86. Vid. también, VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *“Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la administración pública en materia de corrupción urbanística”*, en Corrupción y urbanismo, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 5, publicaciones de la Universidad de Deusto, 1997, pág.36.

condonación de deudas crediticias por parte de bancos o cajas de ahorros, y la utilización de administraciones públicas que son controladas por el partido político en cuestión para desviar fondo con destino a la corrupción urbanística.

## VI. LA CORRUPCIÓN URBANISTICA EN EL CASO MALAYA

El caso Malaya de la Costa del Sol ha traído consigo una de las decisiones más grave que se han adoptado en nuestra democracia más reciente, la disolución de la Corporación Municipal de Marbella, parasitada<sup>1534</sup> por un gobierno municipal corrupto que tenía entre sus objetivos primordiales de forma criminal, la de expoliar los recursos financieros del Consistorio que provenían de los usos urbanísticos. Esta operación fue uno de los mayores escándalos de corrupción no sólo de la Costa del Sol, sino de toda la geografía española. Este escabroso escándalo criminal inmerso en red de corrupción política, se llevo a cabo en el Ayuntamiento el día 30 de marzo de 2006<sup>1535</sup>, provocando la detención además de todo el equipo de gobierno marbellí, y de sujetos de todos los ámbitos de la sociedad española; políticos, promotores, constructores, abogados, empresarios, testaferros, ganaderos, publicistas, artistas, policías locales y policías nacionales, guardias civiles y director de banco, etc.<sup>1536</sup>.

---

<sup>1534</sup> Vid. CONDE- PUMPIDO TOURON, Cándido, “Urbanismo, corrupción y delincuencia”, en El Estado de derecho frente a la corrupción urbanística, op.cit., pág. 6.

<sup>1535</sup> Vid. Diario Sur, Diario Málaga hoy, La opinión de Málaga, El país, El mundo, la Vanguardia, ABC, del 30 de marzo de 2006.

<sup>1536</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, Editorial Bosch, Barcelona, pág. 32.



Según el acuerdo de El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 4 de abril de 2006, por el que solicitó la disolución del Ayuntamiento de Marbella por la actividad municipal, se impugnaron 130 acuerdos municipales ante los Tribunales de Justicia, afectando a más de cinco mil viviendas que fueron autorizadas por el gobierno municipal marbellí al margen de la ley.

Todo este desorden criminal provocó que con fecha 7 de abril de 2006, el Consejo de Ministros acordara mediante la aprobación de un Real Decreto la disolución del Ayuntamiento de Marbella; este acuerdo fue motivado por la solicitud que efectuó la Junta de Andalucía<sup>1537</sup>, con los informes favorables del Senado y de la Comisión Nacional de Administración Local. Fue en el Boletín Oficial del Estado de 8 de abril de 2006 donde se publicó el Real Decreto 412/2006, de 7 de abril, por el que se disponía la disolución del Ayuntamiento de Marbella en virtud de lo dispuesto en el artículo 61.1 de LRBRL<sup>1538</sup>.

Una vez disuelto el Consistorio Marbellí la Diputación Provincial de Málaga designó una Comisión Gestora para que se ocupara del ejercicio de las funciones de la gestión municipal hasta las elecciones locales y autonómicas que debían de celebrarse en mayo de 2007. Esta decisión fue tomada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 183.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, y de acuerdo con el Consejo de Estado en dictamen del 6 de abril, al no proceder

---

<sup>1537</sup> Acuerdo de 4 de abril de 2006 del Consejo de Gobierno.

<sup>1538</sup> El artículo 61.1 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, prevé que el Consejo de Ministro, a iniciativa propia y con conocimiento del consejo de gobierno de la comunidad autónoma, o a solicitud de éste, podrá disolver mediante Real Decreto, y previo acuerdo favorable del Senado, los órganos de gobierno de las corporaciones locales en el supuesto de gestión gravemente dañosa para los intereses generales que suponga incumplimiento de obligaciones constitucionales.

la convocatoria de elecciones parciales para la constitución de una nueva Corporación, puesto que por la fecha en que ésta debiera constituirse, el mandato de la misma resultaría inferior a un año.

## VII. EL DERECHO INTERNACIONAL ANTE LA CORRUPCIÓN

La corrupción es un fenómeno tan antiguo como la vida en comunidad que ha llegado a ser consustancial al ser humano<sup>1539</sup>. De ahí que este fenómeno constituya uno de los problemas más acuciantes de la mayoría de los Estados, por los efectos negativos que produce en el ámbito socio-económico.

Ha sido a partir de la globalización cuando este fenómeno se ha acentuado con mayor ahínco, provocando el surgimiento y el desarrollo de nuevas modalidades delictivas relacionadas con el crimen organizado y los avances de las nuevas tecnologías. Esta práctica corrupta ha dejado de ser un problema exclusivo de los estados individuales, pues en la actualidad afecta al conjunto de todas las sociedades y economías, siendo necesario involucrar a la comunidad internacional, mediante su cooperación con la finalidad de prevenir y erradicar este fenómeno criminológico. La corrupción no sólo tiene su aparición en el poder público, sino que también puede aparecer en la esfera privada como consecuencia de la competencia de los mercados y de la propia globalización, vulnerando las reglas de juego y las leyes del funcionamiento de las empresas.

---

<sup>1539</sup> Vid FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., “*La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio*”, La corrupción: aspectos jurídicos y económicos, Ratio legis, Salamanca, 2000, pág. 20.

Debido a este devastador fenómeno, a partir de los años noventa han ido apareciendo en las esferas internacionales instrumentos que muestran interés por prevenir y erradicar la corrupción. Este interés del Derecho internacional se manifiesta a través de Convenios y Tratados internacionales, y entre los objetivos que marcan estos instrumentos encontramos los que predicán que los Estados logren alcanzar acuerdos sobre el significado de la corrupción; concertar herramientas de políticas públicas y de orden normativo que sean eficaces, y que puedan impedir la corrupción, y materializar mecanismos de seguimiento que tengan como misión el examen y evaluación de los avances y deficiencias de los Estados en la implementación de las convenciones en sus países<sup>1540</sup>. En opinión de PÉREZ FERRER<sup>1541</sup>, en una era de tendencia globalizadora imparable, la preocupación internacional por la corrupción en el ámbito público y privado es clara, no siendo de extrañar que en los últimos tiempos se hayan visto intensificados internacionalmente los esfuerzos dirigidos a procurar una mejor prevención de este fenómeno, y a asegurar una mejor persecución y sanción de los hechos mediante una colaboración internacional que se presenta ya como *“irrenunciable para poder combatir la corrupción y para promover el sentido de la responsabilidad, transparencia y legalidad”*.

El primer instrumento internacional que trató la problemática de la corrupción fue la Organización de los Estados Americanos (OEA), suscribiendo en Caracas el 29 de marzo de 1996, la Convención

---

<sup>1540</sup> Vid. JIMÉNEZ FRANCO, Emmanuel, *“Administración pública y corrupción: iniciativas legislativa de lege ferenda para una nueva cultura de integridad”*, op. cit., pág. 538.

<sup>1541</sup> PÉREZ FERRER, Fátima, *“Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la corrupción y su extensión al ámbito punitivo”*, op. cit., pág. 141-142.

Interamericana contra la Corrupción. La iniciativa de esta convención tiene los siguientes convencimientos:

- a) La corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos.
- b) La democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.
- c) El combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social. A menudo, la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos.
- d) La importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la existencia y gravedad de este problema, así como de la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción.
- e) La corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente.
- f) La necesidad de adoptar cuanto antes un instrumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción y, en especial, para tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción

en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio; así como respecto de los bienes producto de estos actos.

- g) Los vínculos cada vez más estrechos entre la corrupción y los ingresos provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes, que socavan y atentan contra las actividades comerciales y financieras legítimas y la sociedad, en todos los niveles.
- h) Combatir la corrupción es responsabilidad de los Estados, la erradicación de la impunidad y que la cooperación entre ellos es necesaria para que su acción en este campo sea efectiva.

Otro de los instrumentos jurídicos internacionales contra la lucha de esta práctica delictiva lo encontramos en el Plan Andino de lucha contra la corrupción, que fue aprobado en Tarija (Bolivia) el 13 de junio de 2007, destacándose entre sus objetivos promover el establecimiento de políticas, estrategias, metas y mecanismos para aumentar la eficacia y eficiencia en la lucha contra la corrupción que realizan los Países Miembros de la Comunidad Andina, a través de acciones de cooperación, en el marco de las legislaciones nacionales y de las convenciones internacionales sobre la materia, con el fin de compatibilizar la normativa de los Países Miembros, en aquellos casos que su ordenamiento jurídico interno lo permita, y adoptar estrategias comunes para coadyuvar a la erradicación de prácticas y delitos de corrupción en el ámbito comunitario, mediante la prevención, investigación, sanción de éstos y, cuando proceda, la recuperación de activos.

En el continente europeo con fecha 26 de mayo de 1997<sup>1542</sup> el Consejo de la Unión Europea estableció sobre la base de la letra c) apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estuvieran implicados funcionarios de las Comunidades europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. Sobre la base de este Convenio cada Estado miembro se obliga a tomar las medidas necesarias para que los comportamientos que constituyen actos de corrupción pasiva o activa cometido por funcionarios sean sancionados penalmente, así como también tomar las medidas necesarias para permitir que los jefes de las empresas o cualquier persona que ejerza poderes de decisión o de control en el seno de las empresas, puedan ser declarados penalmente responsables en caso de actos de corrupción activa cometido por una persona sometida a su autoridad por cuenta de la empresa.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) con fecha 21 de noviembre de 1997 aprobó el Convenio sobre la lucha contra el cohecho de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales<sup>1543</sup>. Este Convenio sobre la base de que el cohecho es un fenómeno generalizado en las transacciones comerciales internacionales, incluido el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y política, socava el buen gobierno y el desarrollo económico, y distorsiona las condiciones competitivas internacionales. Cada Estados parte tomarán las medidas necesarias para tipificar, que conforme a su jurisprudencia, es un *delito penal* que una

---

<sup>1542</sup> Diario Oficial C195 de 25 de junio de 1997.

<sup>1543</sup> Vigencia desde el día 15 de febrero de 1999.

persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda, cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebidamente en el manejo de negocios internacionales. También este Convenio establece las bases para tipificar como delito otras formas de aparición como pueden ser la complicidad, la incitación, la ayuda, la instigación o la autorización de un acto de cohecho de un servidor público extranjero. La tentativa y la confabulación para sobornar a un servidor público extranjero, constituirán delitos penales en el mismo grado en que lo sean la tentativa y la confabulación para sobornar a un servidor público.

Para este Convenio se considera servidor público extranjero a cualquier persona que ocupe un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea nombrado o elegido; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, por ejemplo en una dependencia pública o en una empresa pública; y cualquier funcionario o representante de un organismo público internacional.

Con anterioridad nunca antes se había tenido en cuenta en la esfera internacional la corrupción en el sector privado<sup>1544</sup>, por lo que el primer instrumento jurídico por el que España queda efectivamente obligada a introducir entre sus previsiones penales las conductas de corrupción en el sector privado, fue la Acción Común del Consejo de 22 de diciembre de

---

<sup>1544</sup> Vid. PÉREZ FERRER, Fátima, “Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la corrupción y su extensión al ámbito punitivo”, op.cit., pág. 143.

1998<sup>1545</sup>, que a pesar de su corta extensión, sirvió también para definir la exigencia de responsabilidad de las personas jurídicas. Este instrumento sirvió para compeler a los Estados miembros a la adopción de medidas necesarias para que las conductas de corrupción tanto pasiva como activa en el sector privado se tipificasen como infracciones penales y objeto de sanción, y que acogiesen, al menos en los casos graves, penas privativas de libertad que pudieran dar lugar a extradición.

La Acción Común del Consejo de Europa define en su artículo 2.1 la corrupción pasiva como *“el acto intencionado de una persona que, directamente o por medio de tercero, solicite o reciba en el ejercicio de actividades empresariales ventajas indebidas de cualquier naturaleza, para sí misma o para un tercero o acepte la promesa de tales ventajas, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones”*. La corrupción activa se identifica en el artículo 3.1 como *“la acción intencionada de quien prometa, ofrezca o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja indebida de cualquier naturaleza a una persona, para ésta o para un tercero, en el ejercicio de las actividades empresariales de dicha persona, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones”*.

Otros de los instrumentos jurídicos de la lucha contra la corrupción de iniciativa supranacional, son dos Convenios aprobados por el Consejo de Europa en 1999. El primero es el Convenio Penal número 173<sup>1546</sup> que se hizo en Estrasburgo el día 27 de enero de 1999, y el segundo el Convenio

---

<sup>1545</sup> Esta Acción Común ha sido derogada con la aprobación de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio, relativo a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

<sup>1546</sup> En vigor desde el 1 de julio de 2002.



Civil núm. 174<sup>1547</sup>, que se hizo también en la misma ciudad el 4 de noviembre de 1999. Entre los objetivos que se persiguen con el Convenio Penal se encuentra la adopción de medidas legislativas para tipificar como delitos la corrupción activa y pasiva de los agentes públicos nacionales, miembros de asambleas públicas nacionales, agentes públicos extranjeros, la corrupción activa y pasiva en el sector privado de los funcionarios internacionales, miembros de la asambleas parlamentarias internacionales, jueces y agentes de tribunales internacionales. También los Estados con el objeto de luchar contra la corrupción deberán adoptar las medidas legislativas para tipificar los delitos de tráfico de influencias, blanqueo de productos de delito de corrupción, delitos contables, así como los actos de participación y la responsabilidad de las personas jurídicas.

En cuanto al Convenio Civil núm. 174, persigue entre sus objetivos están que los derechos internos de los Estados miembros establezcan procedimientos eficaces a favor de las personas que hayan sufrido daños resultantes de actos de corrupción, con el fin de permitirles defender sus derechos e intereses, incluso la posibilitando que estas personas puedan obtener indemnización por dichos daños.

Con fecha 12 de mayo de 1999, en virtud de la Resolución (93) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se crea el Grupo de Estado contra la corrupción (GRECO). Este Grupo es un mecanismo de control de las medidas de lucha contra la corrupción más completo de los existentes a escala europea en el que participan todos los Estados miembros de la Unión Europea. La misión del GRECO<sup>1548</sup> es mejorar la capacidad de sus

---

<sup>1547</sup> En vigor desde el 1 de noviembre de 2003.

<sup>1548</sup> Vid. JIMÉNEZ FRANCO, Emmanuel, “*Administración pública y corrupción: iniciativas legislativa de lege ferenda para una nueva cultura de integridad*”, op. cit., pág. 538.

miembros en la lucha contra la corrupción, velando por el cumplimiento de los compromisos adquiridos en la materia, a través de un procedimiento dinámico de evaluación y de presión mutua. España forma parte desde sus inicios<sup>1549</sup>, con el fin de procurar la máxima aplicación del Tratado de la UE sobre la corrupción penal<sup>1550</sup>.

Como instrumento jurídico dentro del marco de la Unión Europea previo a la Ley Orgánica 5/2010, el Consejo de Europa adoptó la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003<sup>1551</sup>, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, que entre los motivos que la justifican, señala que junto con la mundialización, los últimos años han traído un aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios, por lo que la corrupción en el sector de un Estado miembro ha dejado de ser un problema meramente interno para convertirse en un problema transnacional, que aborda más eficazmente mediante una actuación conjunta en la Unión Europea. Para esta Decisión Marco los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción, tanto en el sector público como en el privado, por estimar que ambos sectores constituyen una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsionan la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impiden un desarrollo económico sólido.

Los objetivos que el Consejo de Europa persigue con esta Decisión Marco es asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado

---

<sup>1549</sup> Vid. PÉREZ FERRER, Fátima, *“Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la corrupción y su extensión al ámbito punitivo”*, op. cit., pág. 144.

<sup>1550</sup> Vid. informe de la Comisión al Consejo, sobre las modalidades de participación de la Unión Europea en el Grupo de Estados contra la corrupción del Consejo de Europa (GRECO), Bruselas, 6 de junio de 2011, COM (2011) 307 Final.

<sup>1551</sup> Vid Diario Oficial de la Unión Europea L192/54 de 31 de julio de 2003.

sea una infracción penal en todos los Estados miembros, y también que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos de corrupción y puedan ser castigadas con sanciones efectivas y proporcionadas.

Dentro del ámbito de las Naciones Unidas, podemos destacar como instrumento jurídico para atajar las graves consecuencias que origina la corrupción en el sector público, como en la economía de una sociedad cada día más globalizada,<sup>1552</sup> el Convenio aprobado el 13 de diciembre de 2000, que fue ratificado por España el día 21 de febrero de 2002<sup>1553</sup>, y entre sus objetivos está la de promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional, considerándose ésta como la que se cometa en más de un Estado; se cometa dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realice en otro Estado; se cometa dentro de un solo Estado, pero entrañe la participación de un grupo delictivo organizado que realice actividades delictivas en más de un Estado; o se cometa en un solo

Estado pero tenga efectos sustanciales en otro Estado. En este Convenio, es de interés para este trabajo el artículo 9 que contiene la penalización de la corrupción, donde se conceptúa este delito cuando un funcionario público prometa, ofrezca o acepte un beneficio público indebido que redunde en su propio provecho, o en el de otra persona o entidad, con el fin de que el servidor público actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

---

<sup>1552</sup> Vid. TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena, “Marco normativo internacional contra la corrupción”, en *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pág. 169.

<sup>1553</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 29 de septiembre de 2003.

Posteriormente mediante Resolución 58/4 de la Asamblea General, se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción<sup>1554</sup>. Este texto a diferencia de su antecesor, aborda de manera integral lo que se puede entender por corrupción. En este Convenio cobran especial relevancia las medidas preventivas que se contienen en los artículos del 5 al 14 con las siguientes características:

- a) Medidas y prácticas de prevención de la corrupción. Se deberá formular, y aplicar políticas coordinadas contra la corrupción promoviendo la participación de la sociedad.
- b) Órgano de prevención de la corrupción. Se garantizará la existencia de un órgano u órganos que se encargue de prevenir la corrupción.
- c) Sector público. Se procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos.
- d) Códigos de buena conducta para funcionarios públicos. Se promoverá la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios
- e) Contratación pública y gestión de la hacienda pública. Se establecerán sistemas de contratación pública que estén basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones que sean eficaces para la prevención de la corrupción.

---

<sup>1554</sup> Ratificado por España el 9 de junio de 2006 publicado en el Boletín Oficial del Estado de 19 de julio de 2006.

- f) Información pública. Se aumentará la transparencia en el proceso de adopción de decisiones.
- g) Medias relativas al Poder Judicial y al Ministerio Fiscal. Sin menoscabo de la independencia del Poder Judicial, se reforzará la integridad y se evitará la oportunidad de corrupción entre los miembros de esa institución, al igualmente sucederá con el Ministerio Fiscal.
- h) Sector privado. Se adoptaran medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado; así como la imposición de sanciones civiles, administrativas y penales eficaces, proporcionadas y disuasivas.
- i) Participación de la sociedad. Se fomentará la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y lucha contra la corrupción.
- j) Medias para prevenir el blanqueo de dinero. Se establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias.

En este Convenio se contiene un catalogo muy amplio de aspectos penales regulado en los artículos 15 al 42, destacándose entre ellos, los siguientes hechos: sobornos de los funcionarios públicos nacionales, y extranjeros, y funcionarios de organizaciones internacionales públicas, malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, soborno, malversación o peculado en el

sector privado, blanqueo del producto de delitos, encubrimiento, obstrucción a la justicia, responsabilidad de las personas jurídicas, participación y tentativa.

Aunque estas medidas tienen el mismo grado de obligación a todos los Estados Partes, no es menos cierto que algunos hechos penales son obligatorios, existiendo otros que son sugerencia para los Derechos internos de los Estados.

Especial consideración merece el capítulo V de este Convenio que lleva como rúbrica “*Recuperación de activo*”, regulado en los artículos 51 al 59, destacándose entre las medidas la prevención y detención de transferencia de producto del delito, la recuperación directa de los bienes, la recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso, y restitución

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La LO 5/2010 ha hecho posible la incorporación al ordenamiento jurídico español de nuevos delitos urbanísticos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, provocando con ello la mejor identificación del bien jurídico protegido, ampliación de las conductas típicas y de los sujetos responsables, así como agravación de las consecuencias jurídicas.

Además, con la aprobación del texto refundido de la Ley del Suelo de 2008, según su artículo 12, el suelo no urbanizable a partir de estos momentos pasa a denominarse suelo rural, haciéndose necesario con el objeto de evitar confusión sobre si estamos en presencia de un concepto penal propio, por lo que debería de integrarse en el Código Penal el concepto administrativo de suelo rural, o bien que se defina expresamente dicha acepción.

**Segunda.-** No entendemos el porqué, las conductas típicas que son agravadas con mayor pena y que tutelan la especial protección a determinados tipos de suelos, se contienen en el apartado primero del artículo 319 del CP, pues lo ideal sería la alteración del orden, en el sentido de que en el apartado primero se ubique el tipo delictivo básico, *“llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación en suelo no urbanizable”*, integrándose el tipo agravado en el apartado segundo del precepto, cuando se lleven a cabo esas obras no autorizables en suelo destinado 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.

**Tercera.-** El legislador debió haber aprovechado la ocasión mediante la reforma del Código penal por la LO 5/2010 para haber unificado los objetos materiales de construcción y edificación en una sola. Hubiera sido acertado denominarla “*construcción*”, dado que ésta acepción abarca la de edificación entendida como cualquier actividad producida por obra del hombre mediante el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados, generando una sustancial modificación con vocación de permanencia de la configuración original de la zona geográfica afectada.

Sin embargo aplaudimos la inclusión por la LO 5/2010 del término “*obras de urbanización*”, entendida esta como actividad preparatoria a la posterior construcción o edificación, donde se ejecutan las obras necesarias con el objeto de dotar las infraestructuras al terreno donde se va a materializar la conducta delictiva de obras ilegales. Creemos que la intención del legislador de incluir como objeto material los tres medios comisivos es considerar la urbanización como la actividad preparatoria de la construcción y de la edificación; la construcción como obra de ingeniería; y la edificación como obra arquitectónica.

**Cuarta.-** Los notarios, tienen el deber, además de constatar que el negocio jurídico no viola la legislación vigente, de controlar la forma y el fondo del acto o negocio que se pretende documentar introduciéndolo en la legalidad en cumplimiento de las funciones públicas que el notario tiene comisionado en nombre del Estado y por delegación de su autoridad, y entre esa misión le corresponde un adecuado ejercicio del control de la



legalidad, así como examinar exhaustivamente e investigar sobre el contenido del negocio jurídico que se pretende documentar.

Por ello, si se constata que tanto el notario como el registrador incumplen el deber de examen o no han ejercido sus funciones de control, o no denuncian las conductas delictivas que hayan detectado provocando que se lleguen a inscribir edificaciones, construcciones o parcelaciones ilegales, se debería de exigir responsabilidad penal a estos fedatarios públicos por dolo directo si no han advertido las conductas delictivas de los contratantes, tras haber ejercido los deberes de examen o indagación, o bien, por dolo eventual si los mismos hubiesen omitido esos deberes que se podrían haber advertido si hubiesen examinado con escrúpulo la misión que tienen encomendada, como puede ser el caso de cuando el notario autorice escritura sin tener presente el acto administrativo que concede la licencia municipal de obra o la aprobación de la parcelación.

Esta responsabilidad penal solamente cabría atribuirse en su caso a modo de partícipe del artículo 319 del CP, en concurso de delito de falsificación en documento público, si ha existido dolo de conformidad con lo prevenido en el artículo 390.4, y si es por imprudencia grave responderá por el artículo 391, no siendo posible su atribución como partícipe en el artículo 320 del CP, toda vez que estos fedatarios no otorgan licencias ni emiten informes.

**Quinta.-** Del tenor literal del apartado tercero del artículo 319, se puede interpretar que la orden de derribo, en principio es una facultad discrecional que tienen atribuida los jueces y tribunales penales, los cuales pueden a su criterio decretar o no la demolición, aun cuando la edificación este considerada como delito.

No son pocos los casos donde a pesar de ser condenados como autores del artículo 319, los jueces no se pronuncian sobre la medida de demolición con el pretexto de que sea la autoridad administrativa la que proceda al derribo, dado que son los Ayuntamientos los que en lugar de hacer dejación de funciones, deben de velar por la garantía del suelo de su término municipal, pues esa pasividad municipal lo que hace es provocar la proliferación de edificaciones ilegales.

Consideramos que los jueces y tribunales de la jurisdicción penal no debieran de proceder a decretar la medida de demolición cuando la obra sea objeto de legalización con el entendimiento de que para proceder al restablecimiento de la realidad física alterada, se debe de realizar un juicio actual no pretérito. De ahí que la expresión facultativa “*podrán ordenar*” se refiere a que los juzgadores deberán ordenar la demolición siempre que se constate la comisión del delito y se trate de una obra no autorizable, y que además, la edificación ejecutada ilegalmente, no sea susceptible de legalización en consideración a la normativa actual o material sobrevenida. Sin embargo, por el contrario, si en el momento de optar por la facultad de derribo ha habido un cambio legal o de un instrumento de planeamiento urbanístico, entendemos que no sería procedente la orden de demolición.

Sobre este respecto, consideramos que el legislador ha perdido la oportunidad -cuando por LO 5/2010 ha reformado el Código penal- de haber impuesto de forma imperativa la demolición como norma general.

**Sexta.-** Los sujetos activos del delito del artículo 319 del CP, deben de ostentar la calidad de profesional, y en su consecuencia el delito urbanístico debe de tener la característica de delito especial propio, con el entendimiento que los sujetos, que aun siendo promotores, constructores o

técnicos directores que no sean profesionales de la construcción, no pueden ser sujetos activos de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo previsto en el artículo 319 del CP.

Los partidarios de esta tesis restrictiva se basaban a la hora de exigir la profesionalidad de estos sujetos, en que la pena de inhabilitación especial es principal y no accesoria, así como también en consideración al principio de la *última ratio* del Derecho penal, dado que en esta jurisdicción solamente tendrían cabida los atentados más graves a la ordenación del territorio y el urbanismo, siendo los profesionales de la construcción quienes cometen las conductas más gravosas contra la normativa urbanística.

Por el contrario, según la *interpretación extensiva*, la conducta delictiva tiene el carácter de delito común, toda vez que estos delitos no están reservados para un círculo reducido de sujetos, debiendo exigirse responsabilidad penal a cualquier persona, aun no siendo profesional de la actividad de la construcción, y las obras ejecutadas se hagan como una actividad complementaria o aislada.

En nuestra opinión, la tesis que debe tener aplicación a la hora de responsabilizar a los sujetos activos de las conductas delictivas del artículo 319 del CP, es la llamada *intermedia o eclética*, en el sentido de considerar como delito especial propio la conducta punible del director técnico, dado que estos sujetos para realizar la profesión deben de estar en posesión del correspondiente título habilitante académico, debiendo tener el carácter de delito común la conducta delictiva contemplada en el artículo 319 del CP, que realice cualquier persona a título de promotor o constructor que vulnere

la normativa urbanística, realizando la conducta típica contenida en ese precepto aun sin ser profesional de la construcción.

**Séptima.** Una de las principales causas de la proliferación de edificaciones en suelo rural que conlleva a promotores, constructores y directores técnicos a ser condenados como autores de un delito del artículo 319 de CP, es la inejecución de las sentencias urbanísticas, que además de contravenir el interés público perturban el Estado de Derecho. Se debería de exigir con más rigor a la Administración pública para que proceda con lealtad absoluta a la ejecución de sentencia que en su fallo dicten orden de demolición de edificaciones ilegales, así también es recomendable limitar a los Ayuntamientos el *ius variandi* a la hora de planificar la ordenación del territorio que pueda afectar a la ejecución de una sentencia, y se constate que la pretensión de la Administración no es otra que la de eludir el cumplimiento de la resolución judicial, que ha decretado la demolición de lo ilegítimamente construido. Cosa distinta es cuando el *ius variandi* de los planes urbanísticos haya sido aprobado antes que la publicación de la sentencia.

Consideramos que la inejecución de las sentencias urbanísticas puede crear un conflicto social, dado que es injusto y además discriminatorio con respecto a los otros ciudadanos que cumplen la ley, pudiendo provocar en éstos que también incumplan la normativa urbanística, al pensar que aunque infrinjan las normas, las sentencias no se ejecutarán.

**Octava.-** La opción de regular las conductas más graves por el Derecho Penal nace de la idea de frenar las intolerables infracciones a la normativa urbanística existente, y por la creencia del legislador de que el reforzamiento de los mandatos jurídicos con la amenazante sanción

penal, conjugaría una vía idónea para mitigar o reducir la proliferación de infracciones al bien jurídico del suelo.

En nuestra opinión, deben de quedar fuera del ámbito penal aquellas conductas contrarias a las normas urbanísticas que revistan poca gravedad y que no afecten a ninguno de aquellos espacios de especial valor que protege el art. 319.1 del Código Penal, en aplicación del principio de intervención mínima del derecho punitivo.

Esta indisciplina generalizada, más que por insuficiencia de remedios, se ha debido fundamentalmente a la indolencia y tolerancia de la Administración a la hora de su puesta en práctica y aplicación, cuando no a un cierto ambiente de cesión de los organismos competentes a las presiones generadas en el ámbito inmobiliario, procedentes o participadas en las más de las ocasiones por intereses especulativos, aderezado todo ello con un afán desmesurado de lucro en unos, y de captación de fondos para las arcas públicas en otros, cuando no empozoñados por un ambiente patente de corrupción.

A pesar de la incriminación en el Código Penal de 1995 de los atentados más graves llevados contra la ordenación del territorio, no se han frenado ni atajado los casos de corrupción acaecidos en España en los últimos años, ocasionando además una construcción desenfrenada, permitiendo desmanes urbanísticos que originan en multitud de ocasiones gravísimos impactos ambientales y sociales.

Una de las deficiencias del ordenamiento administrativo que más ha propiciado, e incluso alentado, el fenómeno de la corrupción urbanística en nuestro país, ha sido la inmediatez de los agentes

encargados de la planificación y del proceso urbanizador, dado que los propios ayuntamientos poseen unas competencias muy amplias y están sometidos a un control muy escaso a la hora de aprobar el planeamiento y la reclasificación del suelo.

**Novena.-** No ha sido hasta la reforma del Código penal mediante la LO 5/2010 cuando se ha incluido en nuestro texto punitivo la responsabilidad penal de las personas físicas, siendo uno de los ámbitos a los que afecta esta reforma el de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo a través de la inclusión *ex novo* del apartado cuarto del artículo 319 del CP.

En nuestra opinión, consideramos que es acertada la decisión que el legislador haya previsto la responsabilidad de estos entes corporativos, con el entendimiento de que la mayoría de los delitos urbanísticos más graves son cometidos dentro del crimen organizado por personas jurídicas, al ser estos tipos de empresa complejas, organizadas y jerarquizadas con predominio de la división de trabajo.

En la comisión de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo por estos tipos de sociedades mercantiles, se pueden dar dos supuestos diferenciados a la hora de exigirles responsabilidades penales.

El primero se produce cuando el responsable de la conducta punible es el administrador legal de la sociedad, actuando de hecho o de derecho en representación de la persona jurídica en el ejercicio de sus funciones o en provecho propio; y el segundo supuesto, cuando los delitos son cometidos por los propios empleados sometidos a la autoridad de los administradores de esos entes mercantiles, con el requisito de que

esa conducta delictiva se cometa por carencia de control o defecto de organización; así como también que la comisión de estos delitos se ejecuten en el ejercicio de las actividades sociales por cuenta y provecho de la persona jurídica.

A mi juicio la responsabilidad penal de estos entes jurídicos es independiente y autónoma de las personas físicas, no siendo necesario que haya condena a la persona física para que se pueda condenar a las personas jurídicas. Además, la mercantil societaria será responsable si se prueba que la persona física actuó en ejercicio de actividades sociales y en provecho de la persona jurídica o hubo falta de control, aun cuando no se haya podido descubrir exactamente quien fue el autor; no se haya podido dirigir el procedimiento contra él; haya fallecido, o se haya sustraído a la acción de la justicia. En otro orden de cosas, consideramos que si existen circunstancias agravantes o atenuantes en cuanto a la culpabilidad de la personas físicas, las mismas no se pueden trasladar a las personas jurídicas, ni tampoco es necesario que el delito que cometa el administrador o empleado en calidad de persona física, llegue a consumarse para poder imputar la responsabilidad penal a la sociedad jurídica.

**Décima.-** Otro de los aciertos del legislador ha sido la incorporación a través de la LO 5/2010 de la inclusión en el artículo 320.1 del CP, el castigo de las conductas de la autoridad o funcionario público, cuando oculte las infracciones administrativas detectadas o la omisión del deber de realizar inspecciones en materia urbanística. En estos tipos delictivos, el sujeto activo no puede ser cualquier autoridad o funcionario público, sino que será el que tenga atribuida la misión de

realizar inspecciones y denunciar las violaciones a la ordenación del territorio y el urbanismo. Decimos que aplaudimos la incorporación en el Código penal de estas conductas, porque una de las causas principales de las aberraciones y violaciones salvajes al suelo en nuestro país, se debe a la pasividad y dejadez de funciones de los propios Ayuntamientos.

Por tanto, no nos vale el pretexto que suelen utilizar los Consistorios cuando alegan que no pueden realizar las inspecciones para detectar las irregularidades urbanísticas por la falta de personal existente. Entendemos que si no se cuentan en plantilla con inspectores urbanísticos por no tener presupuesto suficiente, estas funciones en la mayoría de los municipios las podría realizar la policía local, pues solo hace falta que una patrulla vigile de una forma periódica en días alternos el término municipal, que al ser estos tipos de delitos de forma continuada, a buen seguro se podrían detectar inmediatamente en el inicio de cualquier edificación ilegal, pues los atentados más graves que se pueden cometer a la ordenación del territorio y el urbanismo suelen ejecutarse en un largo periodo de tiempo pudiendo en esos casos la policía local detectar cualquier situación anómala que se produzca en el suelo del término del municipio.



## BIBLIOGRAFIA

ACALE SÁNCHEZ, María, *“Delitos Urbanísticos”*, CEDES Derecho penal, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 1997.

ACALE SÁNCHEZ, María, *“El artículo 319.2: Edificación no autorizable en suelo no urbanizable”*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Colección urbanismo y medio ambiente, Oñati, 1998.

ACALE SÁNCHEZ, María, *“Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011.

ACALE SÁNCHEZ, María, *“Tratamiento de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 15 de enero de 2007”*, La Ley Penal, núm. 38, Sección Estudios, Mayo 2007, Editorial La Ley.

AGUADO CORREA, Teresa, *“El comiso”*, Editorial de Derecho Reunida, S.A., Madrid, 2000.

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucia, *“La garantía non bis in idem y el procedimiento sancionador”*, Iustel, Madrid, 2008.

ALCACER GUIRADO, Rafael *“Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica”*, Editorial Edifoser, Madrid, 2001.

ALONSO COCELLÓN, Isabel, *“Protección Penal del medio ambiente”*, en *Examen de algunas actuaciones irregulares de funcionarios públicos en materia de ordenación del territorio y medio ambiente. Examen del artículo 320*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Sección

Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 de enero, Ref. 25/2001, pág. 25, tomo 1, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

ALONSO MAS, María José, “*Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición del doble enjuiciamiento*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2005.

ALONSO SALAZAR, “*Error de tipo y error de prohibición en la dogmática hispanoamericana*”, Revista de derecho y proceso penal, núm. 3, año 2000, Navarra.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli/VENTURA PÜSCHEL, Arturo, “*Derecho Penal Español. Parte especial (II)*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

AMADEO GADEA, Sergio, “*Código Penal. Parte general*”. Factum Libri Ediciones S.L., Madrid, 2007.

AMEZCUA ORMEÑO, Emilio, “*Génesis y evolución de la corrupción urbanística en España en el bienio 2006-2007*”, en aproximaciones a la nueva Ley del Suelo en el contexto de la corrupción, *Práctica Urbanística*, núm. 68, Sección Estudios, febrero 2008, Editorial La Ley 191/2008.

ARIEL REZZOGLAI, Bruno, “*Corrupción y contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*”, Salamanca, Editorial Ratio Legis, 2005.

ARROYO ZAPATERO, Luís, “*Principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal*”, REDC, núm. 8, 1983.

AYMERICH CANO, Carlos, “*Marco Jurídico de la Corrupción Española*”, Seminario Internacional sobre Ética Pública y Corrupción, Mendoza, 2-3 de diciembre de 2013.

BACIGALUPO SAGESSE, Silvina, “*Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno*”, Diario La Ley núm. 7541, año 2011.

BARRIENTO PACHO, Jesús María, “*Delitos relativos a la ordenación del territorio*”, La Ley, Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Ref-351, Tomo núm. 6, año 1996.

BASSOL COMA, Martín, “*El medio ambiente y la ordenación del territorio*”, Revista de Administración Pública, núm. 95, Madrid, 1981.

BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa, “*Algunas consideraciones en torno a la corrupción urbanística en España*”, en *El Derecho penal y la nueva sociedad*, Editorial Comares, Granada, 2007.

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, “*Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos*”, Revista de Derecho y Criminología, 2ª época, núm. 1999.

BERTONI, R., “*La repressione penales degli abusi edilizi*”, Rivista Giuridica dell’edilizia, 1971/II.

BLANCO CORDERO, Isidoro, “*El delito de blanqueo de capitales*”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2002.

BLANCO LOZANO, Carlos, “*Algunas aplicaciones de la teoría jurídica del delito a casos concretos de criminalidad ambiental*”, Diario La Ley, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-160, tomo 5, Editorial LA LEY.

BLANCO LOZANO, Carlos, *“El delito urbanístico”*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 2001.

BLANCO LOZANO, Carlos, *“La protección penal del suelo no urbanizable”*, Diario La Ley, N.º 5724, Año XXIII, 21 Feb. 2003, Ref. D-46, Editorial LA LEY.

BOIX REIG, J. /JUANATEY DORADO, C, *“Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección de patrimonio histórico y del medio ambiente”*, Comentario al Código Penal de 1995, coord., VIVES ANTÓN, T., Volumen II, Valencia 1996.

BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C., *“De los delitos sobre la ordenación del territorio”*, Memento Práctico de Urbanismo, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *“Los delitos urbanísticos”*, Editorial Atelier, Barcelona, 2007.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *“La terminación del delito”*, ADPCP, Tomo XLVIII, Enero-Abril 1995, Fascículo I, 1995.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *“La problemática de las normas penales en blanco: Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CALDERÓN CERESO, Ángel/CHOCLÁN MOTALVO, José Antonio, *“Código penal comentado”*, Ediciones Deusto de Planeta de Angostini Profesional y Formación, S.L., Edición 2004.

CANO CAMPOS, Tomas, “*Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador*”, RAP, núm. 156, 2001.

CANTARERO BANDRÁS, Rocío “*Problemas penales y procesales del delito continuado*”, en Temas básicos de derecho: una visión actual, Vol. 1, 1992.

CARMONA SALGADO, Concepción, “*Consideraciones críticas en torno a algunos delitos urbanísticos*”, en la ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, libro homenaje al profesor Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002.

CARMONA SALGADO, Concepción, “*Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico*”, Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Marcial Pons, Madrid, 1997.

CARRERA HERNÁNDEZ, F. Jesús, “*La persecución Penal de la corrupción en la Unión Europea*”, Mesa redonda sobre cooperación internacional en materia penal: una visión desde la práctica. Colección Escuela Diplomática. Cooperación Jurídica Internacional, núm.5, 2007.

CASTILLERO MANZANARES, Raquel, “*Cuestiones procesales en la perseguibilidad de los delitos sobre la ordenación del territorio. El artículo 319 CP*”, Revista de Derecho y Proceso Penal, núm. 7, Pamplona, 2002.

CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, “*El delito continuado*”, Editorial Bosch, Barcelona, 1977.

CATALÁN SENDER Jesús. “*Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*”, Editorial Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 1999.

CATALAN SENDER, Jesús, *“Delito urbanístico ante las grandes líneas de la jurisprudencia urbanística”*, Cuaderno de Política Criminal, Universidad Complutense de Madrid, Instituto de Criminología, año 1997.

CEREZO MIR, José, *“Autoría y participación en el Código Penal vigente y en el futuro Código Penal, en: Estudios sobre la moderna reforma penal española”*, Tecnos, Madrid, 1993.

CEREZO MIR, José, *“Curso de Derecho Penal Español”*, Tomo III Tecnos, Madrid, 1997.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *“El delito continuado”*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997.

CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, *“El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia”*, Editorial, colección estudios penales, Dykinson, Madrid, 2001.

CHOLBI CACHÁ, Francisco Antonio. *“El procedimiento de concesión de las licencias de urbanismo”*. El Consultor. Madrid, 2002.

COBO DEL ROSAL, M/BOIX REIG, J, *“Garantías constitucionales del Derecho Sancionador”*, Comentario a la Legislación Penal, Tomo I, Derecho Penal y Constitución, Madrid, 1982.

COBO DEL ROSAL, Manuel, *“Compendio de Derecho Penal Español”*, Parte Especial, Madrid, 2000.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás, *“Derecho Penal. Parte General”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

COLÁS TURÉGANO, María Asunción, “*Artículo 47. ¿Ruptura con el principio de legalidad?*”, Comentario a la Sentencia 173/91 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Valencia, Revista del Poder Judicial núm. 26, junio 1992.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, “*Conflictos de jurisdicción, non bis in idem y litispendencia internacional en la Unión Europea*” en El principio de *ne bis in idem* en el Derecho penal europeo e internacional, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007.

CONDE- PUMPIDO TOURON, Cándido, “*Urbanismo, corrupción y delincuencia*”, en El Estado de derecho frente a la corrupción urbanística, Editorial La Ley, Madrid, 2007.

CONDE PUMPIDO TOURÓN, Cándido, “*Los delitos urbanísticos relativo a la ordenación del territorio*”, Revista de Derecho Judicial, 1998, (X): 145-193, 32 REF.

CONDE –PUMPIDO TOURON, Candido, “*De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*”, Código Penal comentado, Editorial Bosch, Valencia, mayo, 2007.

CONDE-PUMPIDO TOURON, Candido, “*Protección penal del medio ambiente, Cuestiones generales*”, en Poder Judicial, núm. Especial IV, Madrid, 1988.

CONGIL DÍEZ, Almudena, “*El comiso como consecuencia accesoria de la infracción penal*”, El Derecho, Tribuna, 29-09-2011.

CORCHERO PÉREZ, Miguel, “*Urbanismo y patrimonio histórico*”, en Derecho urbanístico del País Vasco, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, Enero de 2008, La Ley 15654/2010.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “*Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, “*Las cuestiones prejudiciales*”, en Derecho procesal civil, Editorial Colex, Madrid, 1997.

COSCULLUELA MONTANER, Luis, “*La acción pública en materia urbanística*”, Revista de Administración Pública, núm. 71, 1973.

CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro Javier, “*El delito contra la ordenación del territorio tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal*”, Práctica Urbanística núm. 100, enero 2011. Editorial LA LEY.

CUBILLO RODRÍGUEZ, Carlos, “*La responsabilidad contable por la infracción de la normativa urbanística*”, en Administración Local, estudio en Homenaje a Ángel Ballester, edición núm. 1, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, Enero 2011, La Ley 21902/2011.

CUELLO CONTRERA, Joaquín, “*La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid 1978.



CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *“El Derecho Penal Español. Parte General, volumen II, teoría del delito (2)”*, Editorial Dykinson, Madrid 2009.

DE ALFONSO LASO, Daniel, *“Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio”*, Cuaderno de Derecho Local (QDL), núm. 26, junio de 2011.

DE LA ACUESTA AGUADO, Paz M., *“La aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art. 319 CP”*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, núm. 6 (2011), UNED.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz, *“Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”*, en Derecho Penal Español, Parte Especial, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz, *“Derecho Penal Español. Parte Especial (II)”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, *“Consideraciones acerca de los delitos sobre la ordenación del territorio a la luz del derecho comparado”*, Instituto Vasco de Administración Pública, Colección Urbanismo y Medio Ambiente, Jornadas sobre delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio. Oñate, 1998.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *“Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995”*, Actualidad Penal, 1998, Ref. XVI, Tomo 1. Editorial LA LEY.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, *“La ley alemana de reforma del Código Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el*

*ambiente*”, Revista Vasca de Administración Pública, Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, núm. 4.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, “*La protección penal de la ordenación del territorio y del medio ambiente (Tit. XIII, L, II, PANCP 1983)*” Documentación jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal. Vol II, VVAA. Ministerio de Justicia, Madrid, 1983.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, “*Protección penal de la ordenación del territorio y del medio ambiente*”, Documentación jurídica del Ministerio de Justicia, Volumen 2, enero-diciembre de 1993.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español*”, Revista electrónica de la AIDP, 2011.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. “*La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*”, Estudios de Derecho Penal, Comares, Granada, 2004.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto, Javier. “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva.*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto, Javier. “*Los delitos sobre la ordenación del territorio tras la reforma de la LO 5/2010*”, Cátedra Cantabria 2010, Junio, 2011.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, *“El artículo 320.1: Prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas”*, Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Colección urbanismo y medio ambiente, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1998.

DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *“Acumulación de sanciones penales y administrativas”*, en sentido y alcance del *principio ne bis in idem*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998.

DE TOLEDO y UBIETO, Emilio *“La autoría conforme al Código penal”*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-67, tomo 2, Editorial LA LEY.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *“El impacto de la reforma de Código Penal, en relación a las personas jurídicas”*, La Ley Penal, núm. 61, Sección Estudios, Junio 2009, Editorial La Ley.

DE VEGA RUIZ , José Custodio, *“Delitos contra el Medio Ambiente, Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico, Flora y Fauna en el Código Penal de 1995”*, Editorial Colex, Madrid, 1996.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *“El delito continuado. El nuevo Derecho Penal Español”*, Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Navarra, 2001.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *“El esperado estreno del artículo 329 del Código Penal”*, Estudios de Derecho ambiental, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

DEL CASTILLO CODES, Enrique, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Noticias Jurídicas, diciembre de 2011.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “*La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, núm. 1 del Código Penal*”, Cuaderno de Política Criminal, Sección Doctrinal, núm. 103, Mayo 2011.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “*Responsabilidad penal de empresa y códigos de buena conducta corporativa*”, Diario La Ley, núm. 7670, Madrid, año 2011.

DELGADO GARCÍA, Joaquín, “*Los concursos en el Derecho Penal*”, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-38, Tomo 1, Editorial La Ley, Madrid 1996.

DIAZ GÓMEZ, Andrés, “*El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2011, núm. 13-08, p.08:1-08:28.

DIAZ MANZANERA, José Luís, “*Delito urbanístico en la jurisprudencia reciente*”, La Ley Penal, núm. 50, Sección informe de jurisprudencia, junio, 2008, Editorial La Ley, 16894/2008.

DÍAZ MANZANERA, José Luís, “*El delito urbanístico en la jurisprudencia*”, La Ley penal, núm. 1, Sección informes de jurisprudencia, octubre 2006, Editorial LA LEY.

DÍAZ –MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “*Blanqueo de Capitales*”, en Mementos práctico Penal 2011, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

DÍAZ Y GARCÍA CONILLEDO, Miguel: *¿Es necesaria la cooperación necesaria?*, en: Revista de Derecho Penal 2005-2. Autoría y participación – II (Buenos Aires, Argentina), 125-160.

DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis *“Prácticas ilícitas en la actividad urbanísticas: un estudio de la Costa del Sol”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

DIÉZ RIPOLLES, José Luís/GÓMEZ-CÉSPEDES, Alejandra, *“La corrupción urbanística: Estrategias de análisis”*, Revista Española de Investigación Criminológica, Artículo 5, número 6 (2008).

DOMINGUEZ LUIS José Antonio, *“Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva: (delitos de riesgo catastrófico e incendios)”*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999.

DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio- FARRÉ DÍAZ, Esteban, *“Los delitos relativos a la ordenación del territorio”*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva.”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *“Penal 2011”*, Memento práctico Francis Lefebvre, Madrid, 2011

ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier, *“Los delitos urbanísticos en la reforma del Código Penal”*, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 260, septiembre-octubre, 2010.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., *“La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio”*, La corrupción: aspectos jurídicos y económicos, Ratio legis, Salamanca, 2000.

FABIAN CAPARRÓS, Emilio, *“Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción”*. Algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la convención de la OCDE sobre soborno de funcionarios públicos extranjeros en la transacciones comerciales internaciones, año 1997, Aquilafuente, núm., 38, 2002.

FAJARDO DE LA FUENTE, Antonio, *“La pérdida de los valores paisajísticos y ambientales en el término municipal de Osuna por la proliferación de urbanizaciones ilegales”*, Cuadernos de los Amigos de los museos de Osuna, núm. 5, año 2003.

FAMILIAR SÁNCHEZ, Arturo, *“Las consecuencias jurídicas”*, en Los delitos relativos a la Ordenación del Territorio, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 21, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 de noviembre, 2005, Ref. 3505/2005, pág. 3505, Tomo 3º.

FAMILIAR SÁNCHEZ, Arturo, *“Los delitos relativo a la ordenación del territorio”* El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 21, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 nov. 2005, Ref. 3505/2005, pág. 3505, tomo 3, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *“Derecho penal de la empresa e imputación objetiva”*, Reus, Madrid, año 2007.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *“Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español”*. Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Editorial Aranzadi, Navarra, 2012.

FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, *“Responsabilidad penal por delitos urbanísticos versus responsabilidad política”*, en *Urbanismo y Corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013.

FERNÁNDEZ PASTRANA, José María, *“La capacidad de proyección de los aparejadores y arquitectos técnicos”*, *Actualidad Administrativa*, núm. 33-34, Madrid, septiembre, 1990.

FERNANDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *“Manual de Derecho Urbanístico”*, El Consultor de los Ayuntamientos, Editorial LA LEY, 2006.

FERNANDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *“Manual del Derecho Urbanístico”*, Editorial La Ley, Madrid, 2008.

GARCÍA ARÁN, Mercedes, *“Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”*, *EPCrim*, tomo XVI, 1993.

GARCIA ARÁN, Mercedes/ LÓPEZ GARRIDO, D, *“El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador”*, Eurojuris, Madrid, 1996.

GARCIA CONESA, Antonio, *“Derecho de la construcción”*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *“La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes*

*sentencia del Tribunal Constitucional*”, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 29, 1981.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “*La actividad industrial y mercantil de los municipios*”, Revista de la Administración Pública, núm. 17, 1995.

GARCIA NOGUERA, Isabel, “*La STJCE de 13 de septiembre de 2005 ¿una puerta abierta para la competencia penal de las Comunidades Europea?*”, Posibles repercusiones para el tratamiento de la delincuencia relacionada con las tecnologías de la comunicación y la información, Revista de Derecho y Proceso Penal, 2007, (17): 181-193- 39 ref.

GARCÍA RIVAS, Nicolás, “*El poder punitivo en el Estado Democrático*” Servicios de Publicaciones Universidad Castilla la Mancha, 1996.

GARCÍA RUBIO, Fernando, “*El régimen sancionador urbanístico del País Vasco*”, en Derecho urbanístico del País Vasco, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, Enero de 2008, La Ley 15654/2010.

GARCÍA RUBIO, Fernando, “*El urbanismo como fuente de financiación municipal*”, en urbanismo y corrupción, Boletín Oficial del Estado y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1ª edición, Madrid 2008.

GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “*El artículo 319.1: construcción no autorizada en espacios protegidos*” Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Colección urbanismo y medio ambiente, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998.



GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “*El delito urbanístico (delito relativo a la ordenación del territorio)*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GARCÍAS PLANAS, Gabriel, “*El artículo 319.1: Construcción no autorizada en espacios protegido*”, Colección Urbanismo y Medio Ambiente, Oñati, 1998.

GIANNINI, M.s, “*Ambiente: Saggio sui diversi aspetti giuridici*”, Riv. Tri. Dir. Pubbl, 1973

GIL GIL, Alicia, *Curso de Derecho Penal. Parte General*”, Editorial DyKinson, Madrid, 2011.

GÓMEZ BERNABEU, I, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, AAVV: VII 7º Congreso Tributario, Ponencia del VIII. AEDAF, Madrid, 2011.

GÓMEZ –CESPEDES, Alejandra/PRIETO DEL PINO, Ana María/STANGELAN, Peter, “*Urbanismo, corrupción y delincuencia organizada: Un proyecto en la Costa del Sol*”, Instituto Andaluz Interuniversitario del Criminología, Boletín Criminológico, núm. 65, mayo-junio, 2003.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, “*El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*”, (Especial referencia a la responsabilidad del funcionario concedente), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, “*Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo*”, en *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, Tecnos, 2010.

GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael “*Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*”, Editorial Tecno, Madrid 1971.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal*”, La Ley 14962, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, “*El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, “*La regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: La prevaricación*”, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Joaquín, “*Corrupción y justicia democrática*”, Clamores, Madrid, 2000.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “*Comentarios a la ley del suelo, Ley 8/2007, de 28 de mayo*”, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, año 2007.

GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago, “*Derecho Público y Derecho Privado: (Reseña de publicaciones y doctrinas recientes sobre el tema de la Administración y el Derecho Privado y sobre el tema de la colaboración de particulares en el ejercicio de funciones administrativas)*”, Cuaderno de Derecho Público, septiembre de 1999, núm. 8, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

GÓRRIZ ROYO, Elena, “*Demolición, reposición, responsabilidad civil, y comiso en los delitos sobre la ordenación del territorio: el apartado 3º, art.*

319 CP (conforme a la LO 5/2010, de 22 de junio), Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXX (2010).

GORRÍZ ROYO, Elena, *“Los delitos de prevaricación urbanísticas”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

GÓRRIZ ROYO, Elena, *“Protección penal de la ordenación del territorio. Modelos de protección penal frente a las agresiones urbanísticas en el derecho comparado”*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, año 2003.

GÓRRIZ ROYO, Elena, *“Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319: Aspectos comunes de las infracciones urbanísticas de carácter penal”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GRACIA MARTIN, Luís, *“Los tipos delictivos de los artículos 319 y 321 del CP”*, La disciplina urbanística: el suelo no urbanizable, las parcelas ilegales y el nuevo Código Penal, Editado Gobierno de Aragón, Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo, Zaragoza, año 1996.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *“Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas”*, Sección de Málaga del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Documentos 11, Málaga, 2010.

GUÉREZ TRICARICO, Pablo, *“Memento Práctico Penal 2011”*, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2011.

GUTIERREZ CASTAÑEDA, Ana, *“Política criminal en el proceso de vertebración de España”* Cátedra Cantabria 2010, Ediciones de la Universidad de Cantabria.

GUTIERREZ COLOMINA, Venancio, *“Derecho Urbanístico de Andalucía: Régimen del suelo no urbanizable. Las actuaciones de interés público”*, Editorial La Ley, Madrid, 2004.

GUTIERREZ RODRÍGUEZ, María, *“Responsabilidad penal del coautor”*, Editorial Tiran lo Blanch, Valencia 2001.

HANS HEINRICH, Jescheck, *“Lehrbuch des Strafrechts, Duncker und Humblot”*, 1978.

HAVA GARCÍA, Esther, *“Protección jurídica de la fauna y flora en España”*, Editorial Trotta, Madrid, 2000.

JIMÉNEZ FRANCO, Emmanuel, *“Administración pública y corrupción: iniciativas legislativa de lege ferenda para una nueva cultura de integridad”*, Actualidad Administrativa, núm.5, Quincena del 1 al 15 de marzo de 2012, Editorial La Ley, Madrid, 2012.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando, *“Boom urbanístico y corrupción política en España”*, en Colección Mediterráneo Económico: Modernidad, crisis y globalización: problemas de política y cultura, núm. 14, Alicante 2008.

LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, *“Curso de Derecho Penal. Parte General. El delito como conducta antijurídica. Las causas de justificación”*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011.

LAMO RUBIO, Jaime, *“Principio non bis in idem y Principio de Buena Fe Procesal: efectos de la invocación tardía de la vulneración del ne bis in idem”*, Noticias Jurídicas, Septiembre 2001.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *“Memento penal 2011.Otros principios y garantías”*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid 2010.

LASO MARTINEZ, José Luís, “*Urbanismo y Medio Ambiente en el nuevo Código Penal*”, Editorial Marcial Pons, Madrid 1997.

LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, “*Sobre el sentido del axioma ne bis in idem*” en *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007.

LIEDO ÁLVAREZ, Manuel/LIÑANA RIBERA, Sara “*Medidas contra la corrupción urbanística: La visión del promotor*”, en *Urbanismo y corrupción*, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM 12 (2008), Boletín Oficial del Estado y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1ª edición, Madrid, 2008.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “*El principio: non bis in idem*”, en cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

LÓPEZ BENITEZ, Mariano/ PIZARRO NEVADO, Rafael, “*Comentario a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, Derecho Urbanísticos de Andalucía*”, Editorial Tirant lo Blanch, 2003.

LÓPEZ GARRIDO, Diego/ GARCÍA ARAN, Mercedes “*El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*”, Comentario al texto y al debate parlamentario, Editorial Eurojuris, Madrid, 1996.

LÓPEZ LAGO, Olga, “*El principio ne bis in idem. Derecho urbanístico del País Vasco*”, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, Enero 2008, La Ley 15647/2010.

LÓPEZ LAGO, Olga, “*Los delitos urbanísticos, Derecho urbanístico de Andalucía*”, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Editorial La Ley, Madrid, 2004.

LÓPEZ LAGO, Olga, “*Los delitos urbanísticos. Breve referencia a los delitos contra el medio ambiente y el Patrimonio Histórico*”, La Ley 5993/2007, esta doctrina forma parte del libro “*Derecho Urbanístico de Andalucía*”, edición núm. 2, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid 2006.

LÓPEZ LAGO, Olga, “*Ordenación del territorio y medio ambiente, en el Código Penal de 1995*”, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 5, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Mar. 1998, Ref. 665/1998.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “*Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos*”, Conferencia sobre el Curso sobre Nuevas formas de delincuencia económica, Madrid, septiembre, 1 y 2 de octubre de 1996.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “*Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos*”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, Núm. 151, Enero 1997.

LOZANO CUTANDA, Blanca, “*Delitos contra la ordenación del territorio y prevaricación urbanística*” Diario La Ley, núm. 7534, Sección Tribuna, 23 diciembre de 2010, Año XXXI, Editorial La Ley.

LUIS JIMÉNEZ, Juan, “*Corrupción Local en España*”, en Cuadernos económico de información (ICE), núm. 85, junio 2013, Temas actuales de economía política, Ministerio de Economía y Competitividad.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “*Curso de Derecho Penal I*”, Editorial Universitas, Madrid, 1996.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “*Lecciones de Derecho Penal. Parte General*”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

MARTIN HERNANDEZ, Paulino, “*Las Personas responsables de las infracciones urbanísticas*”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, año 17, núm. 81, 1993.

MARTIN HERNÁNDEZ, Paulino, “*Las personas responsables de las infracciones urbanística. Empresa y Delito en el nuevo Código Penal*”, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

MARTIN LORENZO, María, “*Memento Práctico Penal 2011*”, editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

MARTÍN LORENZO, María/ ÓRTIZ DE URBINA, Lorenzo, “*Los delitos contra los trabajadores en el ámbito de la construcción*”, en Derecho Penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo, Comares, Granada, 2006.

MARTIN MATEO, Ramón, “*Tratado de Derecho Ambiental*”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, “*Delitos urbanísticos, en empresa y delitos en el nuevo Código Penal*”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1997.

MARTÍNEZ COUSINOU, Gloria, El diario.es, Agenda Pública. Nueva Política de 18 de septiembre de 2013.

MARTINEZ PARDO, Vicente, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Revista internauta de práctica jurídica, núm. 26, año 2011.

MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “*La protección jurídico penal de los espacios protegidos*”, Revista General del Derecho Penal 15 (2011).

MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “*Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial tomo I*”, Editorial Tecnos, Madrid, 2011.

MARZO SOLÍS, Carmen, “*Comentario al Decreto 60/2010 de 16 de marzo*”, Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma Andaluza, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2012.

MATA BARRANCO, Norberto J, “*Delitos con el urbanismo y la ordenación del territorio*”, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998.

MELENDO PARDOS, Mariano “*Curso de Derecho Penal. Parte General. Teoría de la codelincuencia: Autoría*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2011.

MELENDO PARDOS, Mariano, “*Curso de Derecho Penal. Parte General. La participación*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2011.

MELENDO PARDOS, Mariano/ NUÑEZ FERNÁNDEZ, José, “*Personas jurídicas y responsabilidad penal*”, Curso de Derecho Penal Parte General, Editorial Dykinson, Madrid, 2011.

MIR PUIG, Santiago, “*Derecho penal Parte General*”, Receptor, Barcelona 2006.

MIR PUIG, Santiago, “*Derecho Penal. Parte General*” Editorial Reppertor, Barcelona, 2011.



MIR PUIG, Santiago, *“Introducción a las bases del Derecho Penal”*, Editorial Iustel, Madrid, 2011.

MIR PUIG, Santiago; *“Derecho Penal”*. Parte General, Editorial Reppertor, Barcelona, 1996.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *“Concurso de leyes y delitos”*, Mementos práctico Francis Lefebvre, penal 2011, Madrid.

MONTORO ORTEGA, Rodrigo, *“Los delitos contra la ordenación del territorio en el Código Penal”*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-326, tomo 6, Editorial LA LEY.

MORALES PRATS, Fermín, *“La estructura del delito de contaminación ambiental”*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1997.

MORALES PRATS, Fermín, *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

MORALES PRATS, Fermín/TAMARIT SUMALLA, Josep María *“Delitos sobre la ordenación del territorio”*, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, VVAA, Pamplona, 1996.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, *“La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”*, Anales de Derecho, núm. 29, 2011.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, *“Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)”*, prologo, Editorial Dykinson, Madrid, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *“Derecho Penal. Parte Especial”*, Editorial Tirant lo Blanch, 18 edición, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco/ LOPEZ PEREGRÍN, Carmen/ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “*Manual de Derecho Penal Medioambiental*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, “*Derecho Penal. Parte General*”, Editorial Tirant lo Blanch, 8º edición, Valencia, 2010.

MUÑOZ LLORENTE, José, “*Algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España: su contradictorio presente y su incierto futuro*”, Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal, Editorial Dykinson, Madrid, 2006.

MUÑOZ LORENTE, José, “*La nueva configuración del principio non bis in idem*”, Cuadernos profesionales de Gestión Ambiental, Editorial La Ley, Madrid, 2001.

MUÑOZ MACHADO, Santiago “*Revisión de planes de urbanismo y modificación de las zonas verdes y espacios libre*”, REDA (Revista Española de Derecho Administrativo), núm. 17, 1978.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio, “*La responsabilidad de la Administración urbanística: el artículo 320 del Código Penal*”, Actualidad jurídica, 270, 21 de noviembre de 1996.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio: responsabilidad penal de la Administración pública*”, Actualidad Penal núm. 16, del 14 al 20 de abril de 1997.

NEILA NEILA, José María, *“La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas”* Editorial Bosch, Barcelona 2012.

NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro Tomás, *“Obligación de proceder a la revisión de oficio del acuerdo por el que se otorgó licencia de obras para la construcción de un hotel en la playa de el Algarrobico”*, *Práctica Urbanística*, núm. 78, Sección El urbanismo en el estrado, Editorial La Ley, Madrid, Enero de 2009.

NIETO GARCÍA, Alejandro, *“Balada de la Justicia y la Ley”*, Trotta, Madrid, 2002.

NIETO GARCÍA, Alejandro, *“La potestad sancionadora de la administración urbanística y su relación con los órganos jurisdiccionales, en la disciplina urbanística, el suelo no urbanizable, las parcelaciones ilegales y el nuevo Código Penal”*, Actas I y II Jornadas, Diputación General de Aragón, Zaragoza 1997.

NIETO MARTÍN, Adán, *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”*, *Revista Xurídica Galega*, núm. 63, año 2009.

NIETO MARTÍN, Adán, *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

OBREGÓN GARCÍA, Antonio, *“Los llamados concursos de leyes en relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4ª del artículo 8º del Código Penal”*, ICADE. *Revista cuatrimestral de las Facultades de*

Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, núm. 74, mayo-agosto de 2008.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E, *“La prevaricación de funcionario público”*, Madrid, 1980.

ORTEGA MONTORO, Rodrigo, *“Los delitos contra la ordenación del territorio en el Código Penal de 1995”*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-326, Tomo 6º, Editorial La Ley, Madrid.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, (coord.) Memento Experto, *“Responsabilidad de personas jurídicas. Reforma Penal, Ley Orgánica 5/210”*, Ediciones FRANCIS LEFEBVRE, S.A., Julio, 2010.

ORTS BERENGUER, Enrique/ GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *“Compendio de Derecho Penal. Parte General”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

PAGANO, F., *“Le sanzioni urbanístico-edilizie”*, Ed. Ricola, Milán, 1992.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *“Delitos sobre la ordenación del territorio”*, ref. Revista /Libro: Luzón Peña, D.M. (dtor.), Enciclopedia Penal Básica, 2002.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *“Los delitos sobre la ordenación del territorio”*, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 8/2000, Editorial Aranzadi, Madrid, 2000.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *“El urbanismo ante el Derecho”*, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, enero-febrero de 1981, núm. 71.

PEDRAZZI, C, “*Profili penalistici a tutela dell’ambiente, en L’indice Penale*”, 1991/3.

PELAEZ MARTOS, José María, “*Fraude fiscal, blanqueo de capitales y corrupción en el sector inmobiliario*”, Editorial CISS, SA. Madrid, 2009.

PÉREZ FERRER, Fátima, “*Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la corrupción y su extensión al ámbito punitivo*”, en *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013.

PÉREZ MANZANO, Mercedes, “*La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*La criminalidad ecológica en la legislación penal española*”, Homenaje a la memoria del Profesor D. Juan del Rosal, *Política criminal y reforma penal*, Madrid, 1993.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, “*Lecciones de Derecho Penal Parte General*”, Tomo II, editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A), Madrid, 2013.

POLAINO NAVARRETE; Miguel/ POLAINO ORTS, Miguel, “*La ciudad como producto de la civilidad y la protección penal del patrimonio urbanístico: ¿una excepción al Ius Punendi Estatal?*”, *De la ciudad y otras cosas: libro homenaje a Enrique Barrero González con motivo de su jubilación*, coord., por Venancio Gutiérrez Colomina, Ramón Cámpora Pérez, 2005, SBN 84-609-7502-9, págs.365-389.

POMARES CINTAS, Esther/BERMEJO CHAMORRO, Antonio José, “*¿Era necesario reformar los delitos urbanísticos?, Especial referencia a*

*los delitos de corrupción urbanística y a su trayectoria jurisprudencial*”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, núm. 6/2011, UNED.

PORTAL MANRUBIA, José, “*La persona jurídica ante la jurisdicción penal tras la última reforma del Código Penal*”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 6/210 (estudio), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona 2010.

POZUELO PÉREZ, Laura, “*Cohecho*”, en delitos contra la administración pública, Memento práctico, Penal 2011, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

POZUELO PÉREZ, Laura, “*Delitos de prevaricación administrativa en el ámbito urbanístico*”, Memento penal 2011; Madrid 2010.

POZUELO PÉREZ, Laura, “*Derecho Penal de la Construcción. La delincuencia urbanística*”, Editorial Comares, Granada 2012.

POZUELO PÉREZ, Laura, “*Memento práctico penal 2011*”, Memento Práctico, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

POZUELO PÉREZ, Laura, “*La respuesta penal a la delincuencia urbanística*”, en Urbanismo y corrupción, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM 12 (2008), Boletín Oficial del Estado y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1ª edición, Madrid, 2008.

POZUELO PÉREZ, Laura/DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “*Demolición o Comiso*”, Diario La Ley, núm. 6948, Sección Doctrina, 19 mayo, 2008, año XXIX, Ref. D-155, Editorial LA LEY.

PUCHALT RUIZ, Marcos, “*Notas de jurisprudencias y doctrina legal sobre zonas verdes y espacios libres*”, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 18, Sección Comentarios de jurisprudencia,

Quincena del 30 de sep. al 14 de oct. 2012, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*”, Editorial Atelier, 6ª edición, Barcelona, 2010

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “*Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio, en las fronteras del Código penal y el derecho Administrativo sancionador*”, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1997.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “*Parte General del Derecho Penal*”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “*Urbanismo y Corrupción en la Administración Local*”, en *Urbanismo y Corrupción Política Una visión penal, civil y administrativa*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “*Comentario al Código Penal Español*”, Editorial Thomson Aranzadi, 6ª edición, Navarra, 2011.

RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, “*Manual de Derecho Urbanístico*”, EDITORIAL LA LEY, Madrid, 1984.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, “*Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales*, Revista Electrónica de Derecho Ambiental”, núm. 11, diciembre de 2004.

RENART GARCÍA, Felipe, “*Urbanismo y Derecho Penal. Una aproximación a la problemática del tipo de injusto del art. 319.1 del Código Penal*”, Revista Doctrina y Jurisprudencia (Madrid), Año II. Núm. 42 (Semana del 20 al 26.11.2001).

RÓDENAS MOLINA, Javier, “*Los delitos contra la ordenación del territorio y las prevaricaciones urbanísticas tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010*”, Revista Jurídica de Canarias núm. 21/2011.

RODRIGUEZ CARBAJO, José Ramón, “*El deslinde de las costas (y II)*”, Actualidad Administrativa, núm. 11, Sección Fundamentos de Casación, Quincena del 1 al 15 de junio, Editorial La Ley, 2012, Tomo 2.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, “*Derecho Penal*”, Parte General, Dykinson, Madrid, 1992.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “*Demolición por delito. El restablecimiento de la legalidad urbanísticas en la vía penal*”, Editorial Comares, Granada 2009.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “*El restablecimiento del orden jurídico urbanístico en vía penal. La demolición de la construcción o edificación ilegal*”, Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 2, 2009.

RODRIGUEZ LEON, Luis Carlos, “*El urbanismo y su problemática.*”, en la Ley Nacional. Urbanizaciones y parcelaciones ilegales, Sevilla, marzo de 2007.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luís (Dir.), “*Código penal y leyes penales especiales y complementarias*”, La Ley, Madrid, 2011.

RODRIGUEZ RAMOS, Luís “*La protección penal del urbanismo, (Pautas para criminalizar algunas conductas)*”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 81, Madrid, 1983.



RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “*La disciplina urbanística, las parcelaciones y el nuevo Código Penal: Actas I y II, Jornadas*”, Zaragoza, 1997.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “*Los delitos urbanísticos en el Proyecto de Código Penal*”, La Ley, 2, 1981, EDITORIAL LA LEY.

RODRIGUEZ RAMOS, Luís, “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Diario La Ley núm. 7561, Sección Doctrina, 3 febrero de 2011.

ROIG ALTOZANO, Marina, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas: societas delinquere et puniri potest*”. Noticias Jurídicas, febrero 2012.

ROMA VALDÉS, Antonio, “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Editorial Rasche, Madrid 2012.

ROMÁN GARCÍA, Fernando, “*Derecho Penal Administrativo*”, Comares, Granada, 1997.

ROMÁN GARCÍA, Fernando, “*Derecho Penal Administrativo*”, Plaza Edición, Madrid, 2005.

ROMÁN GARCÍA, Fernando, “*Los Delitos sobre la ordenación del territorio, Derecho Penal Administrativo*”, Comares, Granada, 1997.

RUEDA MARTIN, María Ángeles, “*Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal*”, Editorial Comares, Granada, 2010.

RUIZ ANTON, Luís Felipe, “*El agente provocador en el Derecho Penal*”, Editorial Edersa, 1982.

RUIZ ROBLEDO, Agustín, *“El derecho fundamental a la legalidad punitiva”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

SÁENZ DE PIPAÓN y DEL ROSAL, Javier/SÁENZ DE PIPAÓN y MENGES, Javier, *“La reacción del Estado: el quehacer tipificado en los delitos relativos o sobre la ordenación del territorio”*, en *La ciudad objeto de protección penal*, Editorial La Ley, Madrid, Octubre 2009, La Ley 2691/2011.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, *“Consideraciones sobre los delitos de cohecho como paradigma de la corrupción pública tras la reforma de junio de 2010”*, en *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013.

SALINERO ALONSO, Carmen, *“Delitos contra la ordenación del territorio”*, Diario La Ley 1997, ref.D-225, tomo 4, Editorial La Ley.

SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, *“Delitos urbanísticos”*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2008.

SÁNCHEZ MIGALLÓN PARRA, María Victoria, *“El bien jurídico protegido en el delito ecológico”*, Cuaderno de política criminal núm. 29, 1986.

SÁNCHEZ ROBERT, María José, *“Evolución jurisprudencial del concepto de demolición de obra desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 hasta la actualidad”*, Cuadernos de política criminal, N° 103, 2011.

SANCHEZ ROBERT, María José, *“La persona jurídica en los delitos del artículo 319 del Código Penal”*, Anales de Derecho, núm. 30, 2012.

SANCHEZ ROBERT, María José, “*Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal*”, Editorial de la Universidad de Granada, 2012.

SANTANA VEGA, Dulce María, “*Delitos urbanísticos (o de cómo no legislar en Derecho Penal) Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995*” / Coord. por Víctor Gómez Martín; Mirentxu Corcoy Bidasolo (dir.), Santiago Mir Puig (dir.), Editorial Reus, Montevideo – Buenos Aires 2006.

SANTOS DIEZ, Ricardo/CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio, “*Los delitos contra la ordenación del territorio*”, El Consultor Urbanístico, Editorial La Ley, 819, Madrid, 2008.

SANZ GAITE, María Antonia, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva.*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

SANZ MULAS, Nieves, “*Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)*” La Ley Penal, número 45, Sección Legislación aplicada a la práctica, enero 2008, Madrid.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso /SERRANO MAÍLLO, Alfonso/SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, “*Curso de Derecho Penal. Parte Especial*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2012.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso/ SERRANO MAÍLLO, Alfonso, “*Derecho penal. Parte especial*”, 15ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2010.

SIERRA LÓPEZ, María del Valle, “*La prevaricación específica del funcionario público en el marco de los delitos recogidos en el título XVI.*

*Su relación con la prevaricación genérica del artículo 404 del Código Penal*”, Actualidad Penal, núm. 36, año 2000.

SILVA FORNÉ, Diego. *"Algunas consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos sobre la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal español"*. Universidad de Zaragoza. IX Congreso Latinoamericano e Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología, artículo aparecido en el libro de ponencias, Buenos Aires, Argentina, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, José María (dir.), *"El nuevo Código Penal"*, en Comentario a la reforma, La Ley, Madrid, 2012.

SILVA SANCHEZ, José María, *"La regulación del íter críminis (arts. 16-18) en el nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales"*, Editorial Bosch, 1997.

SOLA RECHE, Esteban, *"La llamada tentativa inidónea de delito: Aspectos básicos"*, Editorial, Comares, 1996.

SOTO NIETO, Francisco, *"Coautoría. Plurales intervinientes en la realización del delito. Funciones de planificación, organización y dirección"*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1999, Ref. D-80, tomo 2, Editorial LA LEY.

SOUTO GARCIA, Eva María, *"Los delitos urbanísticos en España: La protección dispensada por el artículo 319 del Código Penal español a la ordenación del territorio"*, Revista de Derecho Penal y Criminología, volumen XXXII, núm. 92, enero-junio de 2011.

SOUTO GARCÍA, Eva María, *“Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial”*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, Carlos (coord.), *“Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General”*, Cuarta edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *“Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”*, Ponencia el Nuevo Código Penal español de 1995, Centro Mediterráneo de la Universidad de Granada, Almuñécar, 12 de septiembre de 1996.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *“Derecho penal de la Empresa”* Editorial Trotta, Madrid 1995.

TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria, *“El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa”*, Editorial Trotta; Madrid, 1992.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *“Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente”*, en AA.VV., Estudios penales y criminológicos. XX, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.

TIRADO ESTRADA, Jesús, *“Delitos contra la ordenación del territorio: Aspecto generales. Problemática práctica derivada de la relación Administración-Jurisdicción, Derecho Penal y Derecho Administrativo”*, Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, Madrid, 1998.

TOLOSA TRIBIÑO, Cesar, *“El uso del suelo. Planeamiento urbanístico e intervención administrativa”*, DAPP, Publicaciones Jurídicas, S.L., Pamplona, 2007.

TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena *“Marco normativo internacional contra la corrupción”*, en *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013.

TORRES FERNÁNDEZ, M. Elena. *“El principio non bis in idem en la jurisprudencia constitucional”*, Editorial La Ley, núm. 5070, miércoles 7 de junio de 2000.

TORRES MARTINEZ, Jesús, *“La caducidad de las licencias urbanísticas”*, *Prácticas Urbanísticas*, núm. 5, Sección ¿Qué documentos necesito?, Mayo 2002, Editorial La Ley.

TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, *“Sanción penal-sanción administrativa: el principio non bis in idem en la Jurisprudencia”*, Poder Judicial, núm. 22, 1991.

UBEDA DE LOS COBOS, Julio José, *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”*, *La Ley Penal*, revista de derecho penal, procesal y penitenciario, núm. 77, 2010.

URRAZA ABAD, Jesús, *“Los delitos contra la ordenación del territorio tras la reforma del Código Penal operada mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

VALEIGE ÁLVAREZ, Inmaculada, *“El concepto de funcionario público en el Código Penal”*, en CPC, 1996.

VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, “*Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la administración pública en materia de corrupción urbanística*”, en *Corrupción y urbanismo*, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 5, publicaciones de la Universidad de Deusto, 1997.

VALERA ESCOBAR, Ginés, “*Las licencias urbanísticas de obras y de primera ocupación*”, en *Manual práctico de Derecho urbanístico de Andalucía*, Diputación de Granada, Granada, 2010.

VERCHER NOGUERA, Antonio, “*Delitos contra la ordenación del territorio*”, *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico práctico (IV)*, Recoletos Cia. Editorial, Madrid 1996.

VERCHER NOGUERA, Antonio, “*Delitos contra la Ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y medio ambiente*”, V.V.A.A. Estudios y aplicación práctica del Código Penal de 1995, Tomo II, Parte Especial, Madrid, 1997.

VERCHER NOGUERA, Antonio, “*La delincuencia urbanística*”, Colex Editorial Constitución y Leyes, S.A. Madrid, 2002.

VERCHER NOGUERA, Antonio, “*La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio*”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-26, tomo 1, Editorial LA LEY.

VERCHER NOGUERA, Antonio, “*La corrupción urbanística. Una nueva expresión delictiva*”, en *Clave de Razón Práctica*, núm. 139, enero-febrero 2004.

VIELBA ESCOBAR, Carlos, *“Estudio del artículo 319 del Código Penal tras la reforma, operada por la LO 5/2010”*, Editorial Tiran Lo Blanch, Revista Jurídica de Canarias 26/2012.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *“Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 y 320) en la reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2010.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva.”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *“Societas delinquere potest”*, Análisis de la reforma operada en el Código Penal Español por la LO 5/2010, de 22 de junio, La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario núm. 76, año 2010.

ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura, *“Bases para un modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.



## RELACIÓN DE SENTENCIAS CONSULTADAS

### Sentencias del Tribunal Constitucional

STC 1/1981 de 26 de enero  
STC 154/1990 de 15 de octubre  
STC 120/1998 de 15 de junio  
STC 61/1997 de 20 de marzo  
STC 127/1990 de 5 de julio  
STC 154/1990 de 15 de octubre  
STC 177/1999 de 11 de octubre  
STC 18/1981 de 8 de agosto  
STC 182/1997 de 28 de octubre  
STC 2/1981 de 30 de enero  
STC 2/1981 de 30 de noviembre  
STC 2/2003 de 16 de enero  
STC 22/2009 de 29 de enero.  
STC 246/1991 de 19 de diciembre  
STC 37/1987 de 26 de marzo  
STC 42/1996 de 10 de abril  
STC 56/1998 16 de marzo  
STC 77/1986 de 30 de octubre  
STC 94/1986 de 8 de julio  
STC 234/1991 de 10 de diciembre  
STC 127/1990 de 5 de julio

STC 246/1991 de 19 de diciembre

STC 24/1996 de 13 de febrero

STC 395/2004 de 19 de octubre

### **Sentencias del Tribunal Supremo**

STS de 9 de febrero de 1976

STS 20 de diciembre de 1996

STS de 1 de octubre de 1991

STS de 20 de julio de 2001

STS de 24 de diciembre de 1990

STS de 18 de febrero de 1993

STS de 24 de febrero de 1997

STS de 27 de septiembre de 2002

STS de 29 de junio de 2006

STS de 6 de abril de 2009

STS de 19 de octubre de 2009

STS de 8 de octubre de 1999

STS de 30 de junio de 2010

STS de 29 de junio de 2004

STS de 22 de enero de 1988

STS de 2 de octubre de 2002

STS 9 de julio de 1990

STS de 18 de enero de 1993

STS de 10 de junio de 1992  
STS de 13 junio de1991  
STS de 26 de junio de 2001  
STS de 31 octubre de 2002  
STS de 18 enero de 1993  
STS de 27 de noviembre de 2009  
STS de 22 de diciembre de 2010  
STS de 6 abril de 2009  
STS de 29 noviembre de 2006  
STS de 17 de mayo de 1985  
STS de 15 de febrero de 2002  
STS de 13 de junio de 2013  
STS de 1 de junio de 1988  
STS de 10 de julio de 2002  
STS de 11 de febrero de 1998  
STS de 11 de marzo de 1996  
STS de 27 de noviembre de 2009  
STS de 12 de diciembre de 1981  
STS de 12 de mayo de 2000  
STS de 12 de mayo de 2003  
STS de 12 de noviembre de 1997  
STS de 13 de abril de 2007  
STS de 13 de febrero de 1982  
STS de 15 de diciembre de 2000  
STS de 15 de julio de 1982  
STS de 16 de diciembre de 1998

STS de 17 de octubre de 2006  
STS de 18 de julio de 1986  
STS de 18 de julio de 2000  
STS de 19 de enero de 2002  
STS de 2 de junio de 1924  
STS de 2 de octubre de 2001  
STS de 20 de enero de 1991  
STS de 20 de febrero de 1993  
STS de 21 de febrero de 1984  
STS de 21 de octubre de 2004  
STS de 22 de octubre de 2005  
STS de 23 de julio de 1984  
STS de 23 de mayo de 2005  
STS de 24 de mayo de 2002  
STS de 24 de mayo de 2003  
STS de 25 de enero de 1994  
STS de 25 de junio de 1946  
STS de 27 de julio de 1994  
STS de 27 de noviembre de 2009  
STS de 28 de abril de 2000  
STS de 29 de abril de 2010  
STS de 29 de enero de 1947  
STS de 29 de noviembre de 1994  
STS de 29 de octubre de 2001  
STS de 29 de septiembre de 1997  
STS de 29 de septiembre de 1999

STS de 3 de febrero de 2009  
STS de 31 de octubre de 1973  
STS de 5 de noviembre de 1991  
STS de 2 de abril de 2002  
STS de 25 de junio de 2010  
STS de 30 de junio de 2010  
STS de 7 de febrero de 2007  
STS de 3 de febrero de 2009  
STS de 7 de noviembre de 1997  
STS de 11 de marzo de 1992  
STS de 26 de junio de 2001  
STS de 10 de marzo de 1989  
STS de 10 de mayo de 2006  
STS de 11 de julio de 1984  
STS de 11 de marzo de 1994  
STS de 12 de febrero de 1997  
STS de 12 de junio de 1998  
STS de 12 de mayo de 1987  
STS de 13 de marzo de 1990  
STS de 13 de octubre de 1998  
STS de 13 de octubre de 1999  
STS de 13 marzo de 1992  
STS de 14 de febrero de 2003  
STS de 14 de julio de 1986  
STS de 14 de junio de 1995  
STS de 14 de marzo de 2000

STS de 14 de mayo de 2001  
STS de 14 de mayo de 2003  
STS de 15 de abril de 1987  
STS de 15 de diciembre de 1992  
STS de 15 de febrero de 1994  
STS de 15 de febrero de 1996  
STS de 15 de marzo de 1988  
STS de 15 de marzo de 1997  
STS de 16 de enero de 2000  
STS de 16 de junio de 1998  
STS de 16 de mayo de 1990  
STS de 16 de octubre de 1995  
STS de 17 de diciembre de 1980  
STS de 17 de diciembre de 1997  
STS de 17 de enero de 1991  
STS de 17 de junio de 2002  
STS de 18 de mayo de 1985  
STS de 19 de diciembre de 1989  
STS de 19 de julio de 2012  
STS de 19 de julio de 2004  
STS de 19 de mayo de 1993  
STS de 19 de mayo de 2000  
STS de 2 de mayo de 1998  
STS de 2 de octubre de 2002  
STS de 20 de enero de 1996  
STS de 20 de mayo de 1985

STS de 20 de septiembre de 1993  
STS de 20 enero de 1986  
STS de 21 de julio de 1997  
STS de 21 de junio de 2006  
STS de 21 de marzo de 2012  
STS de 22 de enero de 1980  
STS de 22 de enero de 1986  
STS de 22 de julio de 2003  
STS de 23 de abril de 1992  
STS de 23 de diciembre de 1988  
STS de 23 de enero de 2001  
STS de 23 de junio de 2005  
STS de 23 de octubre de 1991  
STS de 24 de abril de 2000  
STS de 24 de octubre de 1986  
STS de 24 de octubre de 1989  
STS de 24 noviembre de 1987  
STS de 25 de junio de 1986  
STS de 25 de septiembre de 1974  
STS de 26 de junio de 2001  
STS de 26 de octubre de 1991  
STS de 26 de septiembre de 1995  
STS de 27 de marzo de 1982  
STS de 27 de noviembre de 1985  
STS de 27 de noviembre de 1989  
STS de 28 de enero de 2009

STS de 28 de marzo de 2006  
STS de 28 de noviembre de 1994  
STS de 28 de noviembre de 2003  
STS de 29 de junio de 1987  
STS de 29 de junio de 2004  
STS de 29 de noviembre de 2006  
STS de 29 de septiembre de 1987  
STS de 29 de septiembre de 1997  
STS de 3 de febrero de 1999  
STS de 3 de julio de 1990  
STS de 3 de junio de 2005  
STS de 3 de mayo de 1995  
STS de 3 de mayo de 2010  
STS de 3 de octubre de 1991  
STS de 30 de enero de 1992  
STS de 30 de junio de 2000  
STS de 30 de noviembre de 1990  
STS de 30 de noviembre de 1992  
STS de 30 de octubre de 1995  
STS de 30 de septiembre de 1988  
STS de 31 de marzo de 1992  
STS de 4 de mayo de 1994  
STS de 5 de febrero de 1996  
STS de 5 de julio de 1999  
STS de 5 de mayo de 1995  
STS de 5 de octubre de 1993



STS de 6 de julio de 2004  
STS de 6 de marzo 2006  
STS de 6 de marzo de 1998  
STS de 6 de noviembre de 1990  
STS de 7 de marzo de 1995  
STS de 7 de noviembre de 1985  
STS de 7 de noviembre de 1991  
STS de 8 de abril de 1996  
STS de 8 de junio de 1999  
STS de 8 de noviembre de 1986  
STS de 8 de septiembre de 2003  
STS de 17 de octubre de 2010  
STS de 27 de noviembre de 2009  
STS de 14 de noviembre de 1997  
STS de 29 de noviembre de 2006  
STS de 10 de febrero de 2005

### **Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia**

STSJ de Andalucía de 7 de agosto de 2008  
STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2002  
STSJ de Extremadura de 28 de abril de 2011  
STSJ de Madrid de 9 de julio de 2002  
STSJ Cataluña de 20 de octubre de 2006  
STSJ de Andalucía de 24 de octubre de 2003  
STSJ de Cataluña de 13 de octubre de 2003

## **Sentencias de las Audiencias Provinciales**

SAP de A Coruña de 15 marzo de 2001  
SAP de Cádiz de 23 de octubre de 2007  
SAP de Jaén de 1 de septiembre de 2003.  
SAP de Palencia de 17 de marzo de 1998  
SAP de Alicante de 12 de junio de 2003  
SAP de Alicante de 19 de noviembre de 1999  
SAP de Almería de 4 de marzo de 2003  
SAP de Cádiz de 30 de junio de 2003  
SAP de Cádiz de 5 de septiembre de 2011  
SAP de Cádiz de 28 de mayo de 2003  
SAP de Almería de 10 de noviembre de 2008  
SAP de Baleares de 29 de abril de 2006  
SAP de A Coruña de 26 de abril de 2000  
SAP de Albacete de 19 julio de 2010  
SAP de Albacete de 17 de abril de 2006  
SAP de Alicante de 27 de diciembre de 1999  
SAP de Alicante de 12 de junio de 2003  
SAP de Alicante de 7 de marzo de 2000  
SAP de Almería de 16 diciembre de 2009  
SAP de Baleares de 6 de octubre de 2011  
SAP de Baleares de 14 julio de 2003  
SAP de Baleares de 29 de abril de 2000  
SAP de Baleares de 3 de noviembre de 2000  
SAP de Barcelona de 16 de febrero 2011

SAP de Barcelona de 6 de marzo de 1989  
SAP de Burgos de 29 de marzo de 2003  
SAP de Cádiz de 27 de mayo de 2009  
SAP de Cádiz de 30 de enero de 2003  
SAP de Cádiz de 22 de diciembre de 1998  
SAP de Cádiz de 9 febrero 2000  
SAP de Cádiz 4 abril de 2011  
SAP de Cádiz de 29 de enero de 2008  
SAP de Cádiz de 14 de abril de 2004  
SAP de Cádiz de 28 de mayo de 1999  
SAP de Cádiz de 27 de mayo de 2009  
SAP de Cádiz de 28 de enero de 2008  
SAP de Cádiz de 11 de septiembre de 1998  
SAP de Cádiz de 24 de enero de 2000  
SAP de Cádiz de 16 octubre 2006  
SAP de Cádiz de 21 de enero de 2004  
SAP de Cádiz de 19 de mayo de 2009  
SAP de Castellón de diciembre de 2011  
SAP de Castellón de 30 de enero de 2006  
SAP de Ciudad Real de 25 de julio de 2011  
SAP de Córdoba de 3 noviembre de 2004  
SAP de Córdoba de 4 de febrero de 2003  
SAP de Córdoba de 27 de febrero de 2003  
SAP de Córdoba de 4 de febrero de 2005  
SAP de Coruña 7 de marzo de 2000  
SAP de Granada de 21 de febrero de 2005

SAP de Granada de 15 julio de 2009  
SAP de Granada de 5 de junio 2009  
SAP de Granada 16 de enero de 2002  
SAP de Huelva de 30 de julio de 2010  
SAP de Jaén de 14 de septiembre 2000  
SAP de Jaén de 9 marzo de 2007  
SAP de Jaén de 1 de septiembre 2003  
SAP de Jaén de 29 de mayo de 2000  
SAP de Jaén de 17 de junio de 2002  
SAP de Jaén 29 de febrero de 2008  
SAP de Jaén de 30 de marzo de 2007  
SAP de Jaén de 11 de julio de 2001  
SAP de Jaén de 18 de enero de 2007  
SAP de Jaén de 29 de mayo de 2000  
SAP de Jaén de 30 de marzo de 2007  
SAP de Jaén de 4 de septiembre de 2000  
SAP de A Coruña de 7 de marzo de 2000  
SAP de Madrid de 19 de febrero de 2004  
SAP de Madrid de 24 de junio de 2004  
SAP de Madrid de 31 de mayo de 2005  
SAP de Madrid de 8 de abril de 2008  
SAP de Málaga de 25 de julio de 2006  
SAP de Málaga de 25 de abril de 2007  
SAP de Málaga de 19 de enero de 2000  
SAP de Málaga de 25 de abril de 2004  
SAP de Málaga de 25 de abril de 2007

SAP de Murcia de 7 de septiembre de 2005  
SAP de Palencia de 17 de marzo de 1998  
SAP de Palencia de 13 de octubre de 1998  
SAP de Pontevedra de 8 de julio de 2008  
SAP de Pontevedra de 8 de octubre de 2008  
SAP de Santa Cruz de Tenerife de 29 de junio 2001  
SAP de Sevilla de 20 de julio de 2010  
SAP de Sevilla de 25 de mayo de 2007  
SAP de Sevilla de 15 de abril de 2009  
SAP de Sevilla de 30 de junio de 2010  
SAP de Sevilla de 22 de diciembre de 2006  
SAP de Soria de 13 de abril de 2011  
SAP de Tarragona de 20 de enero de 1998  
SAP de Valencia de 8 de septiembre de 2004  
SAP de Valencia de 12 de febrero de 2003  
SAP de Valencia de 17 de enero de 2001  
SAP de Valencia de 23 de junio de 2003  
SAP de Valencia de 6 de mayo de 1999  
SAP de Zaragoza de 11 de mayo de 1999  
SAP de Zaragoza de 15 de junio de 1999  
SAP de Zaragoza de 15 de mayo de 1999  
SAP Málaga de 19 de enero de 2000  
SAP de Palencia 13 de octubre de 1998  
SAP de Zaragoza de 14 de mayo de 2003  
SAP de Cádiz de 29 de septiembre de 2004  
SAP de Palencia 31 de diciembre de 1998