

## **Ilegalidad urbanística: acerca de los límites entre el injusto penal y las infracciones administrativas\***

**M<sup>a</sup> del Carmen Gómez Rivero**

*Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Sevilla*

---

GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> del Carmen. Ilegalidad urbanística: acerca de los límites entre el injusto penal y las infracciones administrativas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2017, núm. 19-25, pp. 1-33. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-25.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 19-25 (2017), 17 dic]

RESUMEN: El trabajo plantea algunas de las cuestiones que suscitan las relaciones de las previsiones penales con la previa regulación administrativa en materia de ordenación del territorio. Por una parte, y sobre la base de la ausencia en la letra de la ley de criterios formales de delimitación del orden penal adquiere especial importancia la labor interpretativa realizada por la doctrina y los Tribunales de justicia en orden a depurar los casos en que proceda la intervención penal, evitando su aplicación a costa de la que corresponde al orden administrativo. Por otra parte se plantea la cuestión inversa, relativa a si en ocasiones pudieran ser las previsiones administrativas las que invadan competencias que en principio corresponden al legislador penal, como pudiera suceder en el caso de un cambio sobrevenido de la normativa administrativa que integra el precepto. Se reclama en todo caso la necesidad de manejar criterios sólidos que eviten en la medida de lo posible la inseguridad jurídica y el consiguiente riesgo de aplicación desigual del precepto a situaciones sustancialmente idénticas.

PALABRAS CLAVE: ordenación del territorio, bien jurídico protegido, principio de lesividad, conceptos normativos y leyes penales en blanco; retroactividad de la ley penal.

ABSTRACT: The paper deals with some of the issues raised by the relationship between criminal provisions and previous administrative regulation in terms of land use planning. On the one hand, and on the basis of the absence in the letter of the law of formal criteria for delimitation of the penal order, special importance is attached to the interpretative work carried out by the doctrine and the Courts of Justice in order to clarify the cases in which the intervention, avoiding its application at the expense of the administrative order. On the other hand, the inverse question arises as to whether it might be administrative provisions that invade competences that in principle belong to the criminal legislator, as might happen in the case of an overriding change in the administrative rules that integrate the precept. It is proposed in any event the need to manage sound criteria that avoid, as far as possible, legal uncertainty and the consequent risk of unequal application of the precept to substantially identical situations.

KEYWORDS: territorial planning, interest protected, lesivity principle, normative concepts and blank criminal laws; retroactivity of criminal law.

Fecha de publicación: 17 diciembre 2017

---

*SUMARIO: I. Consideraciones previas. II. Intervención penal y administrativa. Presupuestos y límites: a. La accesoria administrativa en los delitos relativos a la ordenación del territorio. b. La plasmación legal de las relaciones entre el Derecho penal y*

*administrativo. b.1. La limitación de la intervención penal: de un modelo de accesoriadad del acto a un modelo de accesoriadad del Derecho. b.2. La reforma de 2010 como expresión de un paso más en el solapamiento de los injustos penal y administrativo. c. Los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales por delimitar el ámbito de intervención penal del art. 319 frente a las infracciones administrativas: c.1. La interpretación del bien jurídico protegido en el art. 319 CP en clave de la exigencia de lesividad material de la conducta. c.2. Interpretaciones restrictivas en la determinación de la relevancia penal de las conductas. III. La modificación sobrevenida de la normativa administrativa y su repercusión en el orden penal. IV. Conclusiones. Bibliografía citada.*

---

\* La presente contribución ha sido realizada en el marco del Proyecto de Investigación I+D DER 2014-53159-P “Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción”.

## I. Consideraciones previas

El Derecho penal ni regula ni puede regular la ordenación sustantiva del territorio. Es ésta una competencia del Derecho administrativo, que define la planificación del suelo a partir del trazo de diferentes regímenes de protección. De ahí que entre los rasgos que tradicionalmente han caracterizado a la tipificación de los delitos relativos al urbanismo se cuente la técnica de la *accesoriadad* respecto a la normativa administrativa que en primera instancia acota las respectivas coordenadas de lo permitido y de lo ilícito en este sector. Se explica por ello sin mayor dificultad que la intervención penal necesariamente descansa en las disposiciones de aquella otra rama del Ordenamiento jurídico y que su papel se ciña en exclusiva a la represión de las infracciones para las que las previsiones administrativas resulten insuficientes, entendiéndose por tal no el resultado que arroja un juicio en torno a su grado de rendimiento en términos de eficacia, sino de *merecimiento* y *necesidad* de la respuesta penal frente al comportamiento realizado. Viene así a colación la segunda de las notas que, al menos en teoría, debiera caracterizar a aquélla; a saber, su utilización *subsidiaria* respecto al orden administrativo. Tal aspecto reclama que, de modo paralelo a cuanto sucede con otros delitos que comparten el Título XVI CP en que se ubican –los delitos contra el medio ambiente y la ordenación del territorio–, la respuesta penal adquiera un carácter marcadamente residual de aquella primera instancia, dando cumplimiento de este modo al principio básico de *intervención mínima*.

*Accesoriadad* y *subsidiariedad* representan así adjetivaciones consustancialmente unidas al orden penal en este sector, hasta tal punto de que el desconocimiento de una u otra harían decaer sus pilares legitimadores. Y si bien es verdad que debido a la naturaleza misma de la materia el carácter accesorio de aquél apenas admite margen alguno para su discusión ni se presta con facilidad a su quiebra, la cuestión se torna más compleja cuando de la nota de la subsidiariedad se trata. Porque en éste, como en tantos otros ámbitos, el riesgo de su desconocimiento viene poten-

ciado por la recurrente tentación de acudir al orden penal con una vocación expansiva. La creencia de que el recurso a la intervención más severa elimina los problemas de un modo eficaz parece estar en la base de tal tendencia, que por lo demás encuentra un caldo de cultivo especialmente propicio en materia de ordenación del territorio. Tales razones explican que el objeto de esta investigación se dedique a comprobar si efectivamente en este ámbito no sólo el legislador sino también nuestros Tribunales de justicia en su labor interpretativa han sucumbido a dicha tendencia, con la consiguiente identificación de áreas de solapamiento entre dichos órdenes. De ser así habría que concluir afirmando que las previsiones penales ceñirían su valor al de ser un mero refuerzo de la potestad sancionadora de la Administración, con el consiguiente desconocimiento de las exigencias que impone el principio básico de mínima intervención penal.

El interés por analizar el juego relacional entre las previsiones administrativas y penales en la materia no se agota en lo anterior. Junto con esta primera cuestión, no de menor trascendencia resulta una segunda, que sin apartar la mirada de aquélla apunta ahora a un aspecto distinto. Es el que invierte la pregunta acerca de si el Derecho penal invade competencias propias del orden administrativo, planteando si en determinados casos pudieran ser las previsiones administrativas las que acaben invadiendo en la práctica competencias que en principio debieran ser privativas del legislador penal. Vaya por delante que la cuestión tampoco surge ahora de un supuesto desconocimiento o vulneración del principio de subsidiariedad. Se plantea al hilo del otro principio que presentábamos hasta tal punto inherente a la materia que nos ocupa que no pareciera admitir quiebras: el de *accesoriedad*. Tan es así que la duda suscitada no trae su causa del desconocimiento de tal rasgo, sino de las consecuencias a que puede abocar su estricta aplicación en la práctica. De su mano, en efecto, emerge la duda en torno al alcance que deba tener un cambio en la normativa administrativa que integra la norma penal. Claro es que la respuesta no debiera en principio presentar demasiadas dificultades desde la ya veterana admisión de la legitimidad del recurso a las leyes penales en blanco y la reconocida validez de las diversas consecuencias que comporta. Se cuestiona, no obstante, en qué medida es lícito que un cambio sobrevenido –y coyuntural– en la definición de la conducta administrativamente prohibida condicione automáticamente la calificación penal de los hechos, no sólo de los futuros sino, en su caso, de los ya realizados conforme al expediente de la retroactividad de la norma penal más favorable. Cobra entonces singular protagonismo la cuestión atinente al alcance de las posibles alteraciones de la calificación urbanística, comprensivas no sólo de las explicables por circunstancias cambiantes que así lo justifiquen, sino también de las que, aun siendo formalmente legales, obedecen a la exclusiva finalidad de asegurar espacios de impunidad motivados por fines especulativos y en todo caso ajenos a la preservación de los intereses públicos.

Un completo panorama de las relaciones entre las instancias penales y administrativas reclamaría aún una referencia al modo en que se articulan las respectivas consecuencias previstas por cada orden. Vendrían entonces a colación cuestiones como el alcance de la demolición prevista como consecuencia de la infracción tanto en el orden administrativo como en el penal, o la relativa a la compatibilidad del régimen de sanciones impuesta por cada una de esas ramas del Derecho así como a su orden de prevalencia, aspecto éste que remite, en definitiva, a la concreta plasmación en el ámbito que nos ocupa del principio *ne bis in idem*, cuya aplicación práctica no ha resultado desde luego pacífica<sup>1</sup>. Sin desconocer la importancia de tales cuestiones atinentes al plano de las consecuencias jurídicas las reflexiones que siguen se concentran en los aspectos relativos a la definición del supuesto de hecho que determina la intervención penal y a su delimitación respecto al propio del orden administrativo. Los resultados que alcancemos permitirán ofrecer una serie de conclusiones acerca de si son o no fundadas las sospechas en torno a las posibles quiebras en la materia de algunos principios esenciales del orden penal.

## II. Intervención penal y administrativa. Presupuestos y límites

### a. *La accesoriadad administrativa en los delitos relativos a la ordenación del territorio*

La configuración de los delitos relativos a la ordenación del territorio a partir de una normativa sectorial previa comporta una serie de peculiaridades en la técnica de su tipificación, comunes por lo demás a cualquiera de los tipos delictivos que comparten esta circunstancia con independencia del bien jurídico que protejan. Tal característica obliga a tener en cuenta, al menos, una dualidad de aspectos. De una parte, el acarreo a la regulación penal no sólo de los conceptos manejados por la normativa sectorial, sino también del régimen que en general inspira la concesión de derechos cuyo incumplimiento determina la correspondiente infracción. De otra parte, la atención al ámbito de comportamientos prohibidos por esas ramas del Derecho para, a partir de ellas, trazar cuáles sean las más graves y las que, por tanto, resulten merecedoras de reproche penal conforme a los principios de *subsidi-*

<sup>1</sup> Sabido es que la plasmación del principio del *ne bis in idem* no ha sido pacífica en la doctrina constitucional, obedeciendo sus vaivenes básicamente a la forma de articular la preferencia de órdenes –civil y administrativo– en el caso de concurrencia de las correspondientes sanciones previstas por cada uno de ellos. Valga recordar la conocida STC 177/1999, que supuso un importante punto de inflexión en la doctrina previa al reconocer la preferente aplicación de la sanción administrativa en el caso de su imposición con carácter previo al orden penal sobre la base de la preferencia de la vertiente sustantiva del principio sobre la procesal, doctrina que sería de nuevo corregida por la STC 2/2003, de 16 de enero. Entre la abundante literatura véase por todos GORRIZ ROYO, E., “Sentido y alcance del ‘*ne bis in idem*’ respecto a la preferencia de la jurisdicción penal, en la jurisprudencia constitucional (en especial, la STC 2/2003, de 16 de enero), en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIV, 2002-2003, pág. 192. Ya antes en *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, Valencia, 2003, págs. 335 ss.

*diariedad y mínima intervención* que guían el recurso a esta rama del Ordenamiento jurídico.

El primero de los aspectos, el acarreo de los conceptos elaborados por la correspondiente legislación extrapenal, justifica la articulación de los tipos penales que deben tenerla en cuenta conforme a dos técnicas fundamentales: la una, el recurso a *conceptos normativos*; la otra, el empleo de las llamadas *leyes penales en blanco* en sentido estricto. Mucho se ha escrito acerca de cada una de ellas<sup>2</sup>, de modo que insistir en su régimen poco valor tendría más allá de traer a colación sus perfiles y las distintas clasificaciones que se han ensayado respecto a este tipo de normas. Bastaría si acaso recordar en relación con las leyes penales en blanco que su empleo reclama el cumplimiento de una serie de exigencias relativas a la concreción de la conducta prohibida, necesarias para satisfacer el mandato de taxatividad. Son las que ya acuñó la conocida STC 127/1990, de 5 de julio, y que condensó en la exigencia de que el reenvío normativo resultara *justificado* en razón del bien jurídico, que fuera *expreso*, que la ley penal fijara la pena y el *núcleo esencial* de la prohibición y, consiguientemente, se satisficiera la exigencia de *certeza* al quedar concretados los elementos esenciales de la conducta prohibida.

En relación específica con la ordenación del territorio, aun cuando el legislador no ha recurrido formalmente a la genuina técnica de las leyes penales en blanco, entendiendo por tal la remisión del tipo penal a la normativa administrativa, lo cierto es que ha conseguido prácticamente sus mismos efectos de la mano de la incorporación al enunciado de la conducta típica de abundantes elementos normativos<sup>3</sup>, técnica por lo demás cuya validez depende de su grado de compatibilidad con el mandato de certeza<sup>4</sup>. Para comprenderlo basta con tener en cuenta que la identificación de los sujetos activos de la conducta típica se realiza a partir de los conceptos de “promotores”, “constructores”, “técnicos directores”, que el objeto de la

<sup>2</sup> De forma más reciente en relación con el empleo de este tipo de normas en materia urbanística véase por todos BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A., “Relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. 2.- La problemática de las normas penales en blanco”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial (Dir. Faraldo Cabana)*, Valencia, 2011, págs. 106 ss.

<sup>3</sup> De ahí que se haya llegado a afirmar que “la técnica legislativa empleada por el art. 319 es fruto de una previa configuración del tipo en la mente del legislador como ley penal en blanco... y en vez de obligar al aplicador a realizar la propia tarea necesaria para integrar una ley en blanco lo deja resuelto directamente el propio precepto, facilitándole así su labor...”, ACALE SÁNCHEZ, M., desde la perspectiva del carácter pluriofensivo del bien jurídico, en *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, Barcelona, 2011, págs. 174 s. Véase también, por ejemplo, RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F., *Los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo. Análisis jurisprudencial del art. 319 CP*, Granada, 2015, págs. 150 ss.

<sup>4</sup> Digno de mención es al respecto el ATC de 19 de octubre de 2004, dictado con motivo del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 319.2 CP. Según el Alto Tribunal, “el tipo penal cuestionado no afecta a la seguridad jurídica, entendida como certidumbre acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o la previsibilidad de sus efectos, en tanto que los conceptos utilizados en dicho precepto son aprehensibles por el ciudadano medio ... constitucionalmente resulta viable que las normas dictadas por las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias operen como complemento válido de las leyes penales en blanco”.

acción típica se define a partir de los términos de “construcción” o “edificación”, o que la identificación de lugar en el que ésta tiene lugar toma como referente en el apartado primero las nociones de “viales, zonas verdes, bienes de dominio público”, elementos todos ellos cuya concreción remite a la legislación administrativa. Pero sin duda, el exponente más visible de la remisión del orden penal al contenido de aquella normativa lo ofrece la configuración de la conducta típica del art. 319 CP a partir de un elemento que de modo negativo marca el injusto penal: la condición de *no autorizable* de la construcción en cuestión, rasgo sobre el que tendremos ocasión de volver más adelante. De momento nos interesa seguir pergeñando el alcance de la cuestión que, desde luego, no se agota en lo anterior. Y es que, una vez constatada la accesoriedad del Derecho penal respecto a la normativa extrapenal se plantea el concreto modelo que específicamente adopte el legislador a la hora de articular dicho régimen de dependencia, confrontándose, básicamente, dos sistemas, conocidos respectivamente como de *accesoriedad del acto* y de *accesoriedad del Derecho*.

Sabido es que mientras el primero hace recaer el punto de partida de la intervención penal en un concreto acto administrativo, mediante el segundo se importa al orden penal la normativa extrapenal sobre la materia en cuestión<sup>5</sup>. Las repercusiones de una u otra opción en la amplitud del tipo penal no se hacen esperar. En efecto, característico del sistema de accesoriedad del acto es que la intervención penal descansa en la ausencia de una autorización administrativa. La consecuencia es que, concurriendo ésta, se excluye el tipo penal, pese a que en el caso concreto aquélla pueda adolecer de vicios por su contrariedad a la correspondiente normativa. No sin razón se ha objetado a esta técnica que puede cuestionar el fundamento político criminal del principio de legalidad, al ser en última instancia la autoridad administrativa la que determina el contenido del injusto penal que, por lo demás, puede quedar reducido por esta vía a la sanción de la mera desobediencia<sup>6</sup>. Precisamente aquella preocupación explica la exigencia, generalmente reconocida, de depurar los vicios de los que pueda adolecer el acto administrativo, de tal modo que de concurrir éstos su validez se ciña a los casos en que sean determinantes tan sólo de la anulabilidad, no de la nulidad del acto<sup>7</sup>. Frente a tal modelo, en los casos en

<sup>5</sup> Comprensiva no sólo de la legislación estatal, sino como confirmase la STC 120/1998, de 15 de junio, también de la emanada de las Comunidades Autónomas.

<sup>6</sup> Sobre estas críticas véase BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A., “Relaciones entre el Derecho penal y el Derecho Administrativo. 1.- La relación de accesoriedad con el Derecho administrativo”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial* (Dir. Faraldo Cabana), Valencia, 2011, págs. 103 ss.

<sup>7</sup> Tratándose de supuestos de *nulidad*, la conducta habría de considerarse típica, sin perjuicio de apreciar el correspondiente *error de tipo* en la actuación de quien obrase a su amparo, que determinaría la impunidad de la conducta al no estar previsto el castigo de la imprudencia. Por su parte, en los casos en que el vicio de la autorización determine tan sólo el carácter *anulable* del acto administrativo que la autorizaba, aquélla habrá de considerarse válida durante el tiempo de su vigencia, siendo por tanto atípico el comportamiento de quien hasta ese momento realice la conducta amparado por tal autorización. Cuestión distinta es la relativa a

que la accesoriadad se construye sobre la base de la remisión a la correspondiente legislación sectorial, la existencia de un eventual acto administrativo de concesión no será suficiente para excluir la tipicidad de la conducta en tanto contravenga las prescripciones de aquélla, punto de partida de la intervención penal.

En el caso de los delitos contra la ordenación del territorio, cumple recordar que antes de la reforma operada por la LO 5/2010 el legislador diferenciaba el modelo de remisión según se tratase de las modalidades del apartado primero o segundo del precepto. En el primero, relativo al tipo cualificado, la tipicidad se condicionaba a que la conducta en cuestión no estuviera autorizada, mientras que el apartado segundo seguía un modelo de accesoriadad del Derecho, al elevar a elemento de la tipicidad la exigencia de que la construcción no fuera autorizable. Con razón, la disparidad de enunciados de cada uno de los apartados se hizo merecedora de severas críticas doctrinales, que denunciaban la ausencia de razones tanto técnicas como de fondo que la justificasen. De hecho, la dificultad para explicar con cierta coherencia un régimen diferenciado para una y otra modalidad determinó que se admitiera de forma mayoritaria también la atipicidad en el caso de los suelos de especial protección allí donde la obra en cuestión pudiera resultar autorizada conforme a la normativa administrativa en vigor, evitando así criminalizar injustos meramente formales<sup>8</sup>. La situación quedó definitivamente zanjada tras la reforma del precepto en el año 2010, puesto que desde entonces tanto el tipo base como el cualificado del art. 319 CP condicionan el castigo penal a que la construcción no sea *autorizable*, exigencia que supone una doble remisión al orden administrativo.

los límites con los que pueda mantenerse la atipicidad de los actos realizados conforme a una autorización anulable. Porque si bien es verdad que la misma puede fundamentarse sin mayores problemas allí donde el beneficiario actúe de *buena fe*, esto es, sin haber influido en la concesión irregular de aquella o incluso sin ser consciente de los vicios de los que adolece, la solución no parece ser tan clara cuando quien alega estar en posesión de la licencia, bien conoce la ilegalidad de la situación que formalmente aquella ampara, bien puede incluso haber influido de forma decisiva con su comportamiento en la concesión pese a conocer la ausencia de los requisitos exigidos por la ley. En los casos en que el beneficiario advirtiera la irregularidad de la autorización que solicita y finalmente obtiene, esto es, allí donde tan solo se limite a *aprovecharse* de la autorización otorgada por error, ya defendí en otro lugar que su conducta habría de considerarse por completo atípica, sin diferir su tratamiento de los casos en que el particular ni siquiera llegue a ser consciente de la irregularidad. Lo contrario supondría tener que entrar en la prueba diabólica acerca de si el beneficiario conocía o no la contrariedad a Derecho de su autorización. Todo ello sin olvidar que no se le puede exigir al particular convertirse en una suerte de ‘garante’ de la correcta actuación administrativa. Más dudosos pudieran presentarse aquellos otros casos en los que el beneficiario no sólo conoce la irregularidad de la que adolece el acto, sino que la concesión de la licencia en tales condiciones que la convierten en anulable se deba explicativamente a su actuación. También en ellos la solución debe ser la impunidad. Bien es verdad que en estos supuestos puede quedar una cierta sensación de insatisfacción, puesto que la licencia se ha obtenido fraudulentamente, pero en tanto se pueda seguir hablando de la vigencia formal de la autorización, la pretensión de fundamentar la responsabilidad penal también en estos supuestos sólo sería posible permitiendo al juez realizar una interpretación analógica contraria al reo, constitucionalmente prohibida incluso si mediante ella se pretenden tutelar bienes jurídicos de alto rango. Sobre estas cuestiones GÓMEZ RIVERO, M.C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, Valencia 2000, págs. 33 ss.

<sup>8</sup> Por todos GORRIZ ROYO, E., *Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, *op. cit.*, págs. 759, 800 ss.

Por un lado, en cuanto que obliga a atender a la normativa administrativa que contempla los tipos de suelo y el régimen de autorización de su construcción, en concreto a la Ley del Suelo de 2008<sup>9</sup>; por otro lado, en tanto que remite a lo que dispongan los instrumentos concretos de planeamiento, comprensivos del planeamiento general así como de los Planes de Desarrollo, que determinan el régimen de los usos y construcciones del suelo en un ámbito concreto.

Las consecuencias de este cambio de redacción y las diferencias que introduce en el ámbito de aplicación de los correspondientes preceptos no son baladíes. En primer lugar, porque conforme hemos destacado más arriba, la remisión a la legislación sectorial relativa a la ordenación del territorio sobre la base de aquello que se considere autorizable determina que el acto en cuestión, para ser válido, deba ajustarse a ella, de modo que en los casos en que adolezca de defectos que determinen su anulabilidad no desplegará eficacia alguna, a diferencia de la conclusión que sin embargo arrojaría la configuración del tipo conforme a la técnica de la accesoriidad del acto. En segundo lugar, y más allá de este aspecto común a cualquier tipo delictivo que se redacte conforme a tal técnica, no puede pasarse por alto la importancia que reviste en relación específica a los delitos contra la ordenación del territorio, en tanto que plantea la cuestión en torno a las consecuencias que pueda tener el cambio de los planes generales y especiales de ordenación urbanística, de la que nos ocuparemos más adelante.

Común en todo caso a los sistemas de accesoriidad del acto o del Derecho es la opción que todavía resta al legislador al configurarlos, y que apunta directamente al grado de vinculación que adquiera el orden penal respecto al administrativo. Se trata de la que distingue, de un lado, el llamado sistema de accesoriidad *limitada* o *relativa* y, de otro, el modelo de accesoriidad *extrema*. Recordemos que conforme al primero, si bien el legislador penal se sirve de los conceptos y en general de la regulación sectorial previa, ofrece una serie de pautas para delimitar el contenido del injusto penal con respecto al castigado por la disciplina administrativa o mercantil, marcando así el trazo de las conductas más graves que justifican el recurso a aquel orden conforme a las exigencias que reclaman los principios de intervención mínima y *ultima ratio*. Cuando por el contrario el legislador configura los preceptos penales conforme al llamado modelo de accesoriidad extrema, sanciona de manera indiferenciada las conductas ya prohibidas por aquellos órdenes sancionadores previos, con la consecuencia de su completo solapamiento y la consiguiente renuncia a cualquier posibilidad de deslinde con éstos.

La importancia de esta clasificación es tal que justifica que a menudo el resultado que arroje su análisis sobre la respectiva materia de que se trate se convierta casi de modo automático en un juicio en torno, respectivamente, a la compatibilidad o

<sup>9</sup> Véase Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Suelo y Rehabilitación Urbana.

no del tipo con aquel principio básico que apunta al carácter subsidiario de la intervención penal. En efecto, aquellos ámbitos en los que no es posible encontrar elementos reductores de la intervención penal respecto al abanico de conductas castigadas por el orden administrativo sancionador suelen tacharse casi de forma automática como exponentes del paradigma del que debe huir el legislador penal, por cuanto comporta elevar a la categoría de delito meros ilícitos administrativos, con palmario desconocimiento de los principios básicos del orden penal, en concreto los ya citados de *mínima intervención* y *ultima ratio*.

En materia de ordenación del territorio nuestro legislador penal se ha decantado decididamente por un modelo de accesoriedad extrema, en tanto que la reacción en este orden no encuentra restricción formal alguna respecto al ámbito de ilicitud administrativa, operando más bien como su refuerzo. Como veremos, tal técnica determina que sólo a partir de una labor exegética sea posible trazar criterios delimitadores de la intervención en los órdenes administrativo y penal. De ello nos ocuparemos en un apartado posterior. De momento interesa destacar que la ausencia de tales parámetros de delimitación explique que nuestro Tribunal Supremo haya llegado a afirmar que la razón de ser de los delitos contra la ordenación del territorio sea ofrecer una respuesta contundente frente a la constatada ineficacia de la actuación administrativa. Renombrada es en este sentido la STS de 27 de noviembre de 2009, según la cual, “la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajística, justifica que *ante la inoperancia de la disciplina administrativa*, se acude al Derecho penal como *ultima ratio*”.

La afirmación en comentario de nuestro Tribunal Supremo encierra el reconocimiento del uso instrumental del Derecho penal para fines de exclusivo refuerzo de la actuación administrativa, ignorando así los presupuestos materiales que reclama su intervención. No sin razón tal comprensión de las relaciones y del valor del Derecho Administrativo ha sido objeto de importantes críticas por parte de la doctrina<sup>10</sup>, que básicamente denuncia la distorsión y consiguiente disfunción de tal juego relacional entre los órdenes penal y administrativo. Pese a la contundencia de tales voces críticas, lo cierto es que aquel fallo jurisprudencial pareció encontrar cierto eco en la reforma del art. 319 CP operada por la LO 5/2010, que en algún aspecto consagró definitivamente el solapamiento del orden penal y administrativo a costa de la decidida expansión del primero. La trascendencia de las modificaciones que desde aquella fecha acuñan la regulación penal actual justifica que dediquemos algunas líneas a recordar su calado en el aspecto que nos interesa. Sólo

<sup>10</sup> MORILLAS CUEVAS, L., Con referencia bibliográfica, constata el fenómeno: “La realidad, en todo caso, es la puesta en acción de Derecho penal como complemento, o más bien sustitutivo de la escasa incidencia de la práctica administrativa”, en “Los delitos urbanísticos: una valoración entre dogmática y político criminal”, en *Urbanismo y corrupción política (Una visión penal, civil y administrativa)*, Morilla Cueva, L (Dir.), Madrid, 2013, pág. 198.

entonces estaremos en condiciones de comprobar si desde aquella fecha y en los siete años transcurridos desde entonces puede afirmarse que los aspectos que supusieron una expansión de la intervención penal han significado realmente en la práctica dar carta de naturaleza a un uso de esta rama del Derecho a modo de exclusivo refuerzo del orden administrativo.

#### ***b. La plasmación legal de las relaciones entre el Derecho penal y administrativo***

La reforma de 2010 en materia de ordenación del territorio supuso un importante punto de inflexión en el trazo de las relaciones entre el orden administrativo y el penal en dos direcciones opuestas. En primer lugar, la elevación a elemento del delito con carácter general del carácter *no autorizable* de la obra en cuestión se tradujo, ante todo, en una clara delimitación del ámbito de lo punible, al quedar al margen del ámbito típico todas las conductas que adolezcan de meros vicios formales de legalidad. Tan importante restricción típica contrasta, sin embargo, con el segundo rasgo que caracterizó a la reforma en esta materia; a saber, la considerable expansión de la intervención penal, consecuencia directa de la nueva configuración de algunos elementos típicos, lo que redundó en el ya acusado solapamiento del injusto penal y el ilícito administrativo. En lo que sigue nos ocupamos por separado de cada una de estas tendencias de signo antitético.

##### ***b.1. La limitación de la intervención penal: de un modelo de accesoriedad del acto a un modelo de accesoriedad del Derecho***

Según recordábamos líneas más arriba, en la redacción previa a la reforma del año 2010 el apartado primero del art. 319 CP incorporaba como rasgo definitorio de la conducta prohibida su falta de autorización, ciñéndose la referencia al requisito de que la construcción en cuestión no fuera “autorizable” al tipo base, contenido en el apartado segundo. A partir de lo anterior, buena parte de la jurisprudencia interpretó que en relación con el apartado primero el legislador había establecido un régimen más severo que en el segundo en consideración a la clase de suelo, de tal modo que en relación con dicho apartado primero quedaba vedada cualquier toma en consideración de la eventual legalización del terreno objeto de la construcción<sup>11</sup>. Con todo, no fueron aislados los pronunciamientos doctrinales<sup>12</sup> y jurisprudencia-

<sup>11</sup> Valga la cita de la SAP de Castellón de 30 de enero de 2006: “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... es claro que la obra enjuiciada en el supuesto de autos y según dicha postura, independientemente de su mayor o menor volumen, sería típica al haberse realizado una construcción según la definición expuesta en un suelo no urbanizable protegido, sin la correspondiente licencia, al no poder entenderse concedida la solicitada por el acusado”.

<sup>12</sup> GÓMEZ RIVERO, M.C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, op. cit., págs. 29 ss., al considerar que la diferencia de regímenes entre ambos apartados podría explicarse por el dato de que lo normal es que la obra en cuestión no fuese susceptible de ser autorizada en consideración a la clase de suelo a que hace referencia el apartado primero.

denciales que consideraron que también en relación con el apartado primero procedía condicionar la tipicidad de la conducta a la imposibilidad material de obtener la correspondiente licencia, atendiendo tanto a la ausencia de razones que justificaran un régimen discriminado entre los distintos apartados del precepto como a la necesidad de respetar el principio de mínima intervención penal<sup>13</sup>.

Tal propuesta, por loable que fuera en las consecuencias que pretendía alcanzar, resultaba discutible por colisionar frontalmente con el criterio interpretativo básico de cualquier tipo penal, representado por su tenor literal. Distinta se planteaba la cuestión en relación con el apartado segundo del precepto, respecto al que ni la doctrina ni la jurisprudencia<sup>14</sup> tuvieron nunca dudas a la hora de interpretar que el

<sup>13</sup> Puede citarse la SAP de Castellón de 8 de noviembre de 2011: “aún cuando lo normal es que las construcciones de los supuestos del apartado 1 no sean autorizables a posteriori, si se diera excepcionalmente la posibilidad de una autorización de esa índole debido a que se tratara de una irregularidad legalizable ab initio, tendría que interpretarse de forma flexible la expresión no autorizada y equipararla a la de no autorizable”, la SAP de Madrid 191/2011 de 11 febrero: “aun cuando lo normal es que las construcciones de los supuestos del apartado 1 no sean autorizables *a posteriori*, si se diera excepcionalmente la posibilidad de una autorización de esa índole debido a que se tratara de una irregularidad legalizable ab initio, tendría que interpretarse de forma flexible la expresión "no autorizada" y equipararla a la de "no autorizable" ... “En toda esta materia ha de operarse en la medida de lo posible con el principio de lesividad u ofensividad del bien jurídico, con el fin de evitar la punición de meras infracciones administrativas de índole formal que pudieran ser subsanadas a posteriori”; la SAP de Cádiz de 29 de junio de 2007: "entendemos que tanto en los casos del artículo 319.1 como en los supuestos encuadrables en el 319.2 será preciso que la obra ni esté autorizada ni sea legalizable, pues no cabe acoger la interpretación de que se está castigando el mero hecho de no pedir una licencia administrativa para acometer una determinada obra, sino la realización de una obra que no resulte ajustada a derecho, por lo que si, aún afectando la que en concreto motivó la incoación de la causa a los espacios de especial protección señalados en el artículo 319.1 se llega a la conclusión de que estamos ante una obra susceptible de ser legalizada, no existiría delito alguno"; o la SAP Baleares de 14 de julio de 2003: aún cuando "la taxatividad de la norma en punto a su dicción ("no autorizada") podría hacer pensar que, efectivamente, se está castigando en el apartado primero del referido artículo 319 todos los casos en que la obra reúna tal condición, con total independencia de que pueda ser o no "autorizable" ...sin embargo "la necesidad de que el bien jurídico protegido haya resultado materialmente afectado por la conducta enjuiciada, parece emerger como exigencia indefectible...lo que evidentemente pugna desde interpretaciones lógicas y sistemáticas con otro punto de vista inclinado a sancionar por simples contravenciones de no efectiva repercusión negativa para el territorio en la forma que viene dispuesta su ordenación, lo que incluso podría afectar al principio de subsidiariedad en atención a la comentada protección dispensada sobre los supuestos que más gravemente afectan al bien jurídico protegido".

<sup>14</sup> Entre otras, puede verse la SAP de Madrid de 31 de mayo de 2005: “la obra en ejecución o ejecutada susceptible de posterior legalización, no puede conceptuarse como delictiva, pues de esta forma se podría llegar al absurdo de pensar que le puede configurar una conducta penal por la mera falta de requisito administrativo de la obtención de la licencia”; la SAP Vizcaya 26 de junio de 1999: “Los promotores de la construcción de la estación de telefonía móvil llevaron a cabo la actuación sin licencia, lo cual es censurable, pero esa licencia era obtenible «ex post», esto es, la actuación era autorizable, previa la declaración de utilidad pública. La exclusión del ámbito de lo punible de las actuaciones susceptibles de autorización puede, sin duda, ser objeto de crítica, y promover el estado de opinión para una futura reforma del tipo en consideración. Pero lo que no permite es una interpretación extensiva o contraria a su tenor literal”; o ya antes la SAP Palencia de 13 de octubre de 1998: “Ha de reservarse el tipo en cuestión, dado el carácter fragmentario del Derecho penal y el principio de intervención mínima, para aquellas infracciones urbanísticas que adolezcan de irregularidades tan graves y escandalosas, que ni siquiera quepa la posibilidad de una posterior subsanación; el caso que nos ocupa consiste en la construcción sin autorización de un chalet en suelo rústico ...Pero el terreno va a ser recalificado como urbano, mediante la oportuna modificación de las Normas Subsidiarias y Plan Parcial” otra interpretación “puede llevar al absurdo de condenar a quien ...ha construido en terreno que, aunque «a posteriori», ha sido calificado de urbano”.

mero dato fáctico de la ausencia de autorización no podría fundamentar la tipicidad de la conducta. La extensión de tal criterio al apartado primero del precepto de la mano de la reforma penal de 2010 supuso definitivamente el trazo de un inequívoco criterio delimitador entre el orden penal y el administrativo, en tanto que desde entonces las construcciones *de facto* no autorizadas pero sin lesividad material quedaron extramuros del orden penal con independencia del tipo de suelo sobre el que se realicen<sup>15</sup>. Desde este punto de vista, la reforma mereció un juicio decididamente positivo, representando un avance en la dirección que reclama el principio de mínima intervención penal. Cuestión distinta será que la referencia a aquello que pueda ser “autorizable” sirva de base, según algunas interpretaciones, para llegar a resultados excesivamente restrictivos de la intervención penal, sólo explicables por una tergiversación del genuino sentido de tal adjetivo. Es lo que sucede desde la pretensión de amparar en tal término las construcciones que resultan autorizadas *a posteriori* debido a un cambio sobrevenido de los planes de ordenación. Pero esa es una cuestión distinta que nada tiene que ver ni empaña el juicio positivo que merece la plasmación legal en comentario. Precisamente por ser ajena a la bondad o no de ésta, de ella nos ocuparemos en otra sede.

#### *b.2. La reforma de 2010 como expresión de un paso más en el solapamiento de los injustos penal y administrativo*

Hecha la salvedad del paso de un modelo de accesoriedad del acto a otro del Derecho, lo cierto es que si algo caracterizó a la reforma de 2010 fue la tendencia expansiva que mostró de la mano de un progresivo acercamiento del injusto por él definido a las infracciones contenidas en la legislación administrativa. Tal proceder llevó a pensar que el ya referido razonamiento de la STS de 27 de noviembre de 2009 había encontrado respuesta inmediata en la propia actuación de un legislador decidido a consagrar en alguno de sus extremos el solapamiento del orden penal con el administrativo<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Entre los pronunciamientos posteriores a la reforma puede citarse el Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife, 276/2011, de 10 mayo, que plantea “si por construcción debemos de entender aquella que no es susceptible de legalización o acomodación al ordenamiento urbanístico, o ha de entenderse aquella que, sea o no legalizable a posteriori, se ejecutó no solo sin licencia, sino sin la posibilidad de obtenerla en el momento en que se llevó a cabo por no reunir todos los requisitos establecidos en la normativa urbanística para su concesión... Tanto desde una perspectiva gramatical como sistemática de la interpretación del precepto, por construcción no autorizable, y por contraposición a la expresión “construcción no autorizada” estimamos debe entenderse aquella que no sea susceptible de legalización o adaptación a la normativa urbanística en ningún caso. ... se vincula el carácter no autorizable con la imposibilidad de legalización. Otra interpretación ampliaría considerablemente el ámbito de aplicación de la norma, con riesgo del principio de intervención mínima que, aun dirigido al legislador, informa el Derecho Penal”.

<sup>16</sup> Véase en este sentido a MARTÍN VALDIVIA, S: “Y en estas estamos: el Tribunal Supremo prescribe la inepticia de la disciplina urbanística para atajar los problemas urbanísticos, el poder legislativo se suma gozoso a la tendencia –mejor, ahonda en ella- y, con las nuevas propuestas normativas, emplaza a los tribunales penales a interpretar conceptos jurídicos indeterminados de difícil exégesis... para imponer (o no) penas a quienes hubieren cometido (o no) los ilícitos administrativos que se mal dibujan en los nuevos tipos

En efecto, la tendencia inequívocamente expansiva de la intervención penal de la que dio muestras aquella reforma se manifestó, básicamente, en dos aspectos. El primero, en la anticipación de la consumación a estadios de ejecución que, en puridad, serían constitutivos de formas imperfectas de ejecución<sup>17</sup>, una técnica que por lo demás dista de ser privativa de este delito, en tanto que a ella nos tiene acostumbrados el legislador en tantos otros tipos del más variado tenor; el segundo, que es el que interesa a estas reflexiones, en una visible ampliación del ámbito típico sobre la base de incriminar conductas que antes solo encontraban sanción en el orden administrativo. Así lo delata, entre otros aspectos, la inclusión de las obras de urbanización, edificación y construcción como referente de las dos modalidades típicas contempladas en el art. 319 CP. El legislador de 2010 superó de este modo la exclusiva referencia a las obras de construcción del apartado primero del citado precepto, y a las de edificación antes previstas en el apartado segundo para abarcar cualquier tipo de obra que, con independencia de su tipología, resulte ilegal y sin posibilidad de ser autorizada de acuerdo con la normativa vigente al momento de realización de los hechos. Ciertamente tal enunciado amplio, que en su vocación de abarcar cualquier supuesto imaginable se ha llegado a tildar de redundante<sup>18</sup>, merece en sí mismo una valoración positiva<sup>19</sup>, por cuanto supera la limitación propia de la regulación anterior que no contemplaba, por ejemplo, el castigo de las parcelaciones ilegales de terreno o de las obras de urbanización, de modo que, pese a su innegable contenido de injusto, no resultaban literalmente subsumibles en el tenor literal de los respectivos apartados primero y segundo del art. 319 CP<sup>20</sup>. Pero con independencia de tal valoración favorable, interesa destacar que el resultado final es una aún más marcada aproximación del injusto penal al administrativo, sin que por otra parte el legislador aprovechara la reforma para ofrecer algún criterio cualitativo que permitiera deslindar los presupuestos de su intervención respecto de aquella otra rama del ordenamiento jurídico.

penales”, en “De cómo el Derecho penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística (El deterioro de métodos y objetivos en la lucha contra la indisciplina urbanística y el protagonismo del legislador y la jurisprudencia en la deriva de la institución)”, en *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)*, dir. Morilla Cueva, L, Madrid, 2013, págs. 101 ss., 106.

<sup>17</sup> Es el caso de la inclusión de las obras de urbanización tanto en el apartado primero como segundo del art. 319 CP, con la consecuencia de elevar a la categoría de delito consumado lo que antes de la reforma sólo podría castigarse, todo lo más, por una tentativa. Tal sería el caso, por ejemplo, de la conducta de delimitación del terreno mediante mojones, parcelaciones o movimientos de tierra, GÓMEZ RIVERO, M.C., “La reforma del delito urbanístico: luces, sombras y oscuridades en materia de corrupción”, en RGDP, nº 14, 2010, pág.7.

<sup>18</sup> Sobre todos estos aspectos, ACALE SÁNCHEZ, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, op. cit., págs. 212 ss.

<sup>19</sup> La CFGE 7/2011 *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo* explica la ampliación por el fin de “proporcionar una mayor protección a los suelos incluidos en el ámbito de la norma”.

<sup>20</sup> Así lo reconocía ya la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, cuando justificaba la ampliación del castigo a las obras ilegales o clandestinas de urbanización en que “éstas puede tener un mayor impacto sobre el territorio que las de mera construcción o edificación, a las que además suelen preceder”.

Otro tanto es predicable respecto a la conducta típica contemplada en el art. 320 CP, relativo a la conocida como prevaricación urbanística. Vaya por delante que la cuestión no reside en la por lo demás comprensible ampliación del elenco de conductas típicas, cuyo objeto recordemos que se extendió desde la reforma de 2010 a los informes ilegales, los instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación<sup>21</sup>. Lo cuestionable del precepto se debe a la ausencia, al igual que en el art. 319 CP, de un criterio delimitador de la intervención penal frente a aquellos ilícitos que no debieran merecer más que la reacción propia de una infracción administrativa. En efecto, el art. 320 CP castiga con carácter general a la autoridad o funcionario público que emite un informe injusto favorable, que concede licencias ilegales, omite la denuncia de irregularidades con motivo de las actividades de inspección, omite la realización de éstas, así como en su apartado segundo a la autoridad o funcionario público que en el marco de una actuación colegiada resuelve o vota a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción, edificación o concesión de licencias a que hace referencia el apartado primero. Resulta así que queda comprendida formalmente en el tenor literal del precepto cualquier conducta de las descritas sin discriminación alguna por razón de su gravedad. De hecho, tal regulación resulta ciertamente singular a la vista del cotejo de este delito con otros con los que guarda un innegable paralelismo. En primer lugar, con las exigencias típicas de la prevaricación, a cuyas penas se remite el art. 320 CP y que, como es sabido, condiciona la tipicidad de la conducta a que la resolución emitida por la autoridad o funcionario sea “arbitraria”, elemento típico que reclama una labor exegética en orden a identificar los supuestos más graves entre las resoluciones ilegales. En segundo lugar, la ausencia en el art. 320 CP de cualquier criterio restrictivo del ámbito típico contrasta con lo previsto para una figura de prevaricación paralela, la contenida en el art. 329 CP en materia de medio ambiente. Recordemos que en relación con la conducta de informar favorablemente la concesión de licencias exige el precepto que éstas tengan la condición de “manifiestamente ilegales”, criterio que introduce así un importante sesgo restrictivo en su aplicación. A la vista de la ausencia de cualquier elemento de tal tenor en el art. 320 CP, se explican las críticas doctrinales de las que se ha hecho merecedor el precepto, y que denuncian con contundencia la extraordinaria amplitud de la intervención penal en este ámbito a costa de la reacción administrativa<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Por ejemplo, ACALE SÁNCHEZ, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, *op. cit.*, págs. 325 ss.

<sup>22</sup> MARTÍN VALDIVIA, S., para quien con tal proceder se olvida “que en el ámbito del Derecho Administrativo no toda contravención de una norma urbanística tiene necesariamente por qué dar lugar a la nulidad radical del acto administrativo, distinguiéndose en nuestra doctrina entre nulidad, anulabilidad e irregularidad no invalidante, incluso advirtiéndose la posibilidad de la convalidación de actos inicialmente teñidos de algún viso de irregularidad, y sin que por ello la sanción que el Derecho Administrativo le imponga al resultado final del procedimiento sea la de la anulación de sus efectos”. De ahí concluye el autor

El efecto final es, en definitiva, la ya denunciada confirmación legislativa de la tendencia a borrar los criterios delimitadores de la reacción penal y a alcanzar el efecto relatado por la tantas veces mencionada STS de 27 de noviembre de 2009. Llegados a este punto y partiendo de la necesidad de interpretar lo que, criticable o no, es Derecho positivo, se explica el esfuerzo no sólo doctrinal sino también jurisprudencial por dotar de cierta racionalidad a los respectivos espacios de intervención de los órdenes penal y administrativo. En relación con el art. 320 CP es lo que motiva que desde que se introdujera el precepto en el Código penal del 95 parte de la doctrina pusiera de relieve la necesidad de proceder a una interpretación restrictiva del mismo de la mano del principio de lesividad, en el sentido de requerir la comprobación de que la conducta de la autoridad o funcionario en cuestión efectivamente suponga una lesión de los intereses implicados por el comportamiento típico, entre los que se encuentra la ordenación del territorio<sup>23</sup>. También la jurisprudencia ha sido sensible a la necesidad de proceder a realizar una interpretación restrictiva, lo que se ha materializado en un doble sentido. Por un lado, de la mano del traslado de las exigencias requeridas para apreciar la *arbitrariedad* a efectos de la prevaricación genérica del art. 404 CP a aquello que se entienda por *injusto* en términos del art. 320 CP<sup>24</sup>; por otro, acudiendo a los principios de *proporcionalidad*, *insignificancia* e *intervención mínima* como recurso con el que

la improcedencia de sancionar tales conductas con las consecuencias del art. 320 CP, en “De cómo el Derecho penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *op. cit.*, pág. 115. Propone, por ello, limitar la intervención penal a los casos de defectos o irregularidades “tan escandalosos que ni siquiera quepa plantearse la posibilidad de una posterior subsanación”, pág. 125. En el mismo sentido de introducir restricciones en el art. 320 CP que garanticen que su aplicación se ciña a los casos más graves véase GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, Valencia, 2004, págs. . 80 s., 242 s., exigiendo la comprobación de la efectiva lesión o al menos puesta en peligro del bien jurídico. Véase también ACALE SÁNCHEZ, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, *op. cit.*, pág. 166. Señala esta autora que, a diferencia del art. 319 que entre todas las infracciones urbanísticas “sólo castiga las obras de urbanización, construcciones o edificaciones no autorizables, el art. 320 castiga el informar favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias que sean contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes, independientemente de que la licencia sea para construir, para parcelar, para derribar, para urbanizar, etc., o que con motivo de sus inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio”.

<sup>23</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Responsabilidad del funcionario público en los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *Estudios penales y criminológicos*, 1997, pág. 322.

<sup>24</sup> Ilustrativo es en este sentido el Auto del TSJ de Madrid núm. 21/2015 de 7 abril. En relación con el primero de los aspectos señalados afirma: “la arbitrariedad es una forma de injusticia. De ahí que pueda ser aplicada a la prevaricación especial la jurisprudencia de esta Sala sobre la genérica... Los términos injusticia y arbitrariedad... deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución”. Es lo que le lleva a exigir para apreciar el delito, entre otros requisitos, que la contradicción con el Derecho “que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable”.

excluir la tipicidad de la conducta allí donde no se aprecie su lesividad material para el bien jurídico tutelado<sup>25</sup>.

Más complejos resultan aún los esfuerzos interpretativos por encontrar un criterio delimitador de la intervención penal en relación con el art. 319 CP. Ni la amplia reforma del precepto tenida lugar en el año 2010 ni la mucho más limitada de 2015<sup>26</sup> han aprovechado la oportunidad que brindaba la revisión para incorporar algún criterio restrictivo en la aplicación de la norma, obedeciendo los únicos ensayos al respecto a los esfuerzos de la doctrina y jurisprudencia. De su análisis valorativo así como de las perspectivas de futuro que ofrecen se ocupan las consideraciones que siguen.

### ***c. Los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales por delimitar el ámbito de intervención penal del art. 319 frente a las infracciones administrativas***

A la vista de la tantas veces reiterada imposibilidad de encontrar en la letra del art. 319 CP espacios exclusivos de aplicación frente al orden administrativo sancionador se explican los ensayos desplegados no sólo por parte de la doctrina sino también de nuestros Tribunales de Justicia en orden a dotar, pese a todo, de racionalidad a aquella línea divisoria de la relaciones entre el Derecho penal y el administrativo. En concreto, tales tendencias se proyectan en dos direcciones complementarias. La primera, a la hora de identificar el bien jurídico protegido por la norma penal; la segunda en la tarea de acotar los comportamientos que, pese a su ilegalidad, debieran quedar al margen de la intervención penal. Veamos por separado cada uno de esos aspectos.

#### ***c.1. La interpretación del bien jurídico protegido en el art. 319 CP en clave de la exigencia de lesividad material de la conducta***

Sabido es que la identificación del bien jurídico protegido por cada tipo delictivo resulta esencial a la hora de definir su ámbito de aplicación. Y si bien esta tarea se

<sup>25</sup> Dignas de reproducción son las consideraciones del ya citado Auto del TSJ de Madrid de 7 de abril de 2015: “no es suficiente la mera ilegalidad o contradicción con el derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los tribunales del orden contencioso-administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del derecho penal, que perdería su carácter de última «ratio», por lo que este último solamente se ocupará de sancionar las más graves vulneraciones de la legalidad, es decir, conductas que superan la mera contradicción con la ley para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger. Ello lleva a distinguir entre las meras ilegalidades administrativas (aunque en ocasiones sean tan graves que provoquen su nulidad de pleno derecho) y las ilegalidades que, superando el ámbito administrativo, comportan la comisión de un delito”. En el caso concreto enjuiciado, se analizaba el supuesto consistente en el otorgamiento de una licencia de primera ocupación, en contra del dictamen técnico y jurídico; en concreto, de un muro de cerramiento de una parcela con la vía pública, cuya altura excedía en un metro de lo dispuesto en el PGOU vigente: “desde el punto de vista penal, tal infracción... es tan verdaderamente insignificante que aboca a la irrelevancia penal de la conducta”.

<sup>26</sup> Cuyo alcance se ciñó a introducir en el apartado tercero del art. 319 CP una cláusula relativa a la posibilidad de que la Administración competente condiciones temporalmente la demolición de la obra a la constitución de garantías que aseguren su pago.

presenta, por ello, capital en la interpretación de cualquier delito, en los preceptos que, como el que nos ocupa, sancionan conductas limítrofes con el Derecho administrativo los resultados que arroje tal análisis adquieren implicaciones inmediatas en la delimitación de los respectivos órdenes de intervención. Porque si se llegara a la conclusión de que el interés protegido en el art. 319 CP no es otro que el preservado por la norma administrativa habría de admitirse un inevitable solapamiento entre los ámbitos de actuación de cada una de aquellas ramas del Derecho.

La importancia de la tarea de delimitar el bien jurídico tutelado por el tipo en comentario contrasta no obstante con la falta de uniformidad en la doctrina a la hora de perfilar el objeto de protección, tanto antes como después de la reforma operada por la LO 5/2010, que además de a los aspectos sustantivos de la regulación afectó al enunciado del Capítulo en que se contemplan. Recordemos que esta ley modificó la redacción anterior del Capítulo I del Título XVI que rezaba “Delitos contra la ordenación del territorio” para pasar a denominarse “De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”. Según la Exposición de Motivos de la ley de reforma, de ese modo “se explicita, junto a la ordenación del territorio, el urbanismo como objeto de tutela”. Resulta, sin embargo, que esta nueva configuración dual, lejos de arrojar luz acerca del interés protegido motivó el desconcierto de quienes con anterioridad a la reforma consideraban que el bien protegido era la “ordenación del territorio”, de modo que el urbanismo no representaba más que una “técnica agresora de la ordenación del territorio”<sup>27</sup>. De ahí el esfuerzo por identificar un bien jurídico conciliador de ambos conceptos, lo que en palabras de GORRIZ ROYO podría cifrarse en el “uso racional del suelo consistente en dotar al correspondiente territorio del destino que le corresponde, según su naturaleza”<sup>28</sup>.

En cualquier caso, y con independencia del concreto modo en que se interprete la mención conjunta de los conceptos de urbanismo y ordenación del territorio, lo que parece fuera de dudas es que ni la doctrina mayoritaria ni nuestros Tribunales de justicia están dispuestos a admitir que el objeto de protección penal coincida con el interés administrativo cifrado en el cumplimiento de la normativa urbanística. El punto de partida generalizado reconoce, por el contrario, que los preceptos penales se orientan a proteger intereses materiales que exceden de aquel interés formal, de

<sup>27</sup> En este sentido GORRIZ ROYO, E., “Los delitos contra la ordenación del territorio: arts. 319 y 320 CP”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Dirs. Álvarez García, F.J, González Cussac, J.L., Valencia 2010, págs. 366 s. Para esta autora, la única interpretación que puede salvar la posible contradicción entre el bien jurídico “ordenación del territorio” y el concepto de urbanismo pasa por entender que el primero es, “en el ámbito extra-penal, un supra concepto que aglutina diversos aspectos o momentos de todo el proceso de organización del suelo o territorio” pág. 367.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pág. 368. Antes de la reforma de 2010 esta autora había cifrado el bien jurídico en “el uso racional del suelo tendente a dotar este recurso natural del destino que le corresponde según su naturaleza ambiental, paisajística, artística, histórica, cultural, pública (aparado 1º), agrícola o forestal (apartado 2º)”, en *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, *op. cit.*, págs. 570 ss., pág.585, ofreciendo amplias referencias doctrinales sobre las distintas concepciones del interés protegido por el precepto.

modo tal que, con independencia de la forma en que se concrete el bien jurídico protegido, suele existir consenso a la hora de reconocer que el injusto penal no puede interpretarse en clave de un mero refuerzo de la ilegalidad administrativa<sup>29</sup>.

En lo que a la jurisprudencia se refiere, tal premisa no sólo es, de hecho, detectable en la jurisprudencia penal ordinaria, sino también en la emanada de nuestro Tribunal Constitucional. Resulta ilustrativa en este sentido la cita del ATC 19 octubre 2004, según el cual, “El art. 319 no pretende la protección de intereses constitucionalmente proscritos ni irrelevantes pues, en primer lugar, de sus elementos configuradores y del capítulo en que queda incluido deriva que el interés tutelado es preservar la regulación de la utilización del suelo; en segundo lugar, tal regulación es un mandato dirigido a los poderes públicos previsto en el art. 47 CE”.

Ya en el orden de la jurisdicción penal, nuestros Tribunales se han decantado decididamente por atribuir un espacio sustantivo a la intervención penal. De hecho, si esta tendencia era ya visible antes de la reforma operada en el Título XVI y de forma específica en su Capítulo I por la LO 5/2010<sup>30</sup>, parece haberse confirmado definitivamente tras la misma. Entre la jurisprudencia que se ha pronunciado al respecto, valga la cita de la STS de 24 de noviembre de 2014, que cifró el interés protegido 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; la STS de 21 de junio de 2012, que precisó que el bien jurídico protegido en los delitos de urbanismo es la utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general, o la STS de 7 de febrero de 2012, que

<sup>29</sup> Entre otros, MARTÍNEZ BUJÁN PEREZ, *Derecho penal y económico de la empresa*, 5ª ed., 2015, pág. 968, para quien, en la medida de lo posible, habrá de exigirse, de lege lata, una interpretación restrictiva del tipo que sobre la idea de la incidencia de la conducta en la calidad de vida de las personas, ciña la intervención penal a los casos más graves; SUAREZ MIRA, C., “El bien jurídico protegido”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial* (Dir. Faraldo Cabana), Valencia, 2011, pág. 81; BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos*, Barcelona, 2007, para quien el tipo tutela las funciones sociales de las distintas clases de suelo, págs. 94 ss; ACALE SÁNCHEZ, M., desde la perspectiva del carácter pluriofensivo del bien jurídico, en *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, op. cit., págs. 116 ss, CARDENAL MURILLO, A., “Bien jurídico y delito urbanístico. Objeciones a una consideración formal”, en *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pág. 174, quien pone el acento en la preservación del hábitat y el logro de una cota de calidad de vida del ciudadano. Con el valor de contener amplias referencias doctrinales, véase SÁNCHEZ ROBERT, M.J., *El delito urbanístico*, Madrid, 2014, págs. 74 ss., o RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F., *Los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo. Análisis jurisprudencial del art. 319 CP*, op. cit., págs. 49 ss.

<sup>30</sup> Véase por ejemplo la STS de 28 de marzo de 2006, que recuerda que el epígrafe del capítulo en que se contiene el delito identifica el bien 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, ha llevado al legislador a la creación de estos tipos penales ..., 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 en la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de “utilización racional del medio orientada a los intereses generales” (arts. 45 y 47 CE), es decir de utilización racional como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general”.

insistía por su parte en que la apreciación del delito reclama la afectación material de aquel bien jurídico<sup>31</sup>.

Se trata, en definitiva, de expresiones del esfuerzo por depurar el alcance de la intervención penal sobre la base de identificar el interés afectado por la realización del comportamiento en cuestión que pudiera tener trascendencia en aquel orden. Ni que decir tiene que tales propuestas no consiguen hacer desaparecer una de las principales objeciones que tradicionalmente ha planeado sobre el delito contra la ordenación del territorio. Y es que, en efecto, aun cuando se identifique un objeto de protección distinto al contemplado por la legislación administrativa se cuestiona si realmente un solo comportamiento individual, que por definición es la base del enjuiciamiento penal, tiene capacidad, *per se*, para afectar al bien jurídico así identificado. Las dudas remiten, en definitiva, a plantear si acaso no nos encontramos ante una manifestación más de los denostados *delitos de acumulación*, temor que, de hecho, ha llevado a un cualificado sector de la doctrina a poner en entredicho la legitimación del orden penal para intervenir en la materia<sup>32</sup>. Sea como fuere, lo cierto es que desde el momento en que, *de lege lata*, nuestro ordenamiento penal contempla el delito en comentario la única salida que queda a la doctrina y jurisprudencia para dotarlo de cierta racionalidad es realizar una labor interpretativa de su contenido que asegure el mínimo de gravedad de las conductas en él subsumibles. De ello se ocupan las consideraciones que siguen.

### *c.2. Interpretaciones restrictivas en determinación de la relevancia penal de las conductas*

Como en parte anunciábamos, los esfuerzos encaminados a reservar el orden penal para las conductas más graves no sólo son tributarios de la labor doctrinal. Visibles son también en el razonamiento de algunos fallos jurisprudenciales tanto previos como posteriores a la reforma de 2010 que, pese a la subsunción formal de los hechos sometidos a enjuiciamiento en el art. 319 CP, han fundamentado la

<sup>31</sup> En el ámbito de la jurisprudencia emanada de las Audiencias valga la cita de la SAP de Tarragona de 28 de mayo de 2015, que parte de que el bien protegido no es la normativa urbanística, “sino el valor material de ordenación del territorio entendido como utilización racional del suelo orientado a los intereses generales o como adecuación de su uso al interés general, partiendo de su condición de recurso natural limitado... Lo que se castiga, porque lesiona el bien jurídico, son las acciones constructivas en un suelo no urbanizable que en atención al cómo se construye, al qué se construye, al dónde se construye o por quién se construye infringen de forma nuclear los fundamentos no de la disciplina urbanística sino de la ordenación urbanística que garantiza el uso racional, controlado, sometido a un proceso de transparencia en la autorización y en el control de la ejecución, garantizando la igualdad de todos los ciudadanos y ciudadanas en el acceso y uso del suelo”.

<sup>32</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., ¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español”, en *Actualidad Penal*, nº 23, 1998, págs. 435 ss., quien observa que si se parte de los esquemas tradicionales de la intervención penal resulta imposible afirmar que la conducta contemplada en el delito urbanístico suponga una puesta en peligro o lesión de un bien jurídico penal contempladas desde el punto de vista de la imputación individual al actor, y no desde lo que serían las grandes cifras o de daño acumulativo, óptica sólo propia del Derecho administrativo.

impunidad de la conducta sobre la base, básicamente, del criterio de su insignificancia. Sabido es que éste reclama una labor exegética que va más allá de las pautas marcadas formalmente por el concreto delito para atender, desde un punto de vista sustantivo, al grado de afectación real del interés protegido. Dos son, a grandes rasgos, los presupuestos sobre los que descansa su enunciado: en primer lugar, que se constate la efectiva producción de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el tipo en cuestión; en segundo lugar, que ésta presente una escasa lesividad en términos cuantitativos. Con tales premisas y según sus defensores, la renuncia a la pena por la insignificancia de la conducta se presenta como expresión del principio de *intervención penal mínima*, en tanto que la maquinaria penal no debe ponerse en marcha para el castigo de los injustos de menor intensidad. Y si bien el fundamento de tal principio no resiste discusión alguna, las dudas en torno a su aceptación surgen debido al específico modo en que se articula; en concreto, en tanto que con él se trata de fundamentar espacios de impunidad allí donde la ley, formalmente, no los reconoce. De ahí que a nadie debiera extrañar que su aplicación en este ámbito así como en general en cualquier otro en que venga en consideración, no deje de plantear serios problemas de seguridad jurídica, con su consiguiente cuestionamiento. Como fuere y sin necesidad de entrar en el debate al respecto, lo cierto es que el recurso a este principio se ha revelado decisivo a la hora de identificar zonas de atipicidad en la materia que nos interesa. De hecho, el punto de partida de tal razonamiento lo ofreció ya el Tribunal Constitucional en su Auto de 24 de febrero de 2004. En él recordaba que el Derecho penal debe actuar en esta materia frente a las conductas que revelen especial potencialidad lesiva, entendiendo por tales las más graves e intolerables, pues de lo contrario la sanción penal sería innecesaria y desproporcionada.

En concreto, el recurso a tal principio en el ámbito que nos ocupa ha venido de la mano, básicamente, de dos parámetros. El primero, atento estrictamente a la dimensión cuantitativa de la construcción; el segundo, atinente a su concreta entidad y caracteres. Muestra de la reticencia de los Tribunales a la aplicación del precepto con base en parámetros estrictamente cuantitativos es, entre otras<sup>33</sup>, la

<sup>33</sup> Reconoce el criterio, si bien no lo aplica al caso enjuiciado en atención a sus características, la STS de 15 de octubre de 2009. En el ámbito de las Audiencias, véase por ejemplo la SAP Madrid de 9 de diciembre de 2014, en el caso de un exceso de construcción respecto a lo autorizado por la correspondiente licencia, remitiendo por tanto la infracción al Derecho Administrativo por considerar ausente la antijuricidad material; la SAP Ciudad Real 17 de octubre de 2011, en relación con la colocación de una losa de hormigón sobre la que asentaba una estructura metálica con paredes y techumbre de chapa, que permitía su desinstalación o desmontaje, “y ello con independencia de lo que pudiera ocurrir en el caso concreto, es decir, que tal construcción no viniera a ser en el futuro objeto de desmontaje alguno. Por otra parte la escasa entidad o relevancia de la caseta auxiliar impide considerarla edificación dadas tales características y su imposibilidad de producir una real afectación del bien jurídico protegido”; la SAP A Coruña, de 8 de mayo de 2002, relativa a la construcción no autorizada en una zona protegida de un galpón de 7, 50 metros de largo por 3 metros de ancho y 2, 50 metros de alto, adosado a una vivienda con una superficie construida de 138, 4 m<sup>2</sup>, y varios alpendres auxiliares. La sentencia fue absolutoria en consideración a que “el ataque al bien jurídico protegido no ha sido burdo o excesivo”; o la SAP Palencia de 10 de marzo de 1999, que consideró impune la

SAP de Madrid de 11 febrero de 2011, en relación con la construcción de una caseta de reducidas dimensiones: “los hechos tienen una escasa trascendencia y no revisten la gravedad suficiente como para merecer el grave reproche punitivo previsto en el CP... no toda obra realizada en suelo protegido o en suelo no urbanizable, lleva sin más a la apreciación del ilícito penal objeto de enjuiciamiento.... No cabe entender que la construcción de una nave o caseta de 6 × 10 metros haya dañado de un modo irrecuperable el medio ambiente. Se trata de una infracción administrativa que tiene dentro de tal ámbito un cauce de actuación propio”; o la SAP Tarragona 13 de diciembre 2013, que de nuevo insiste en que quedan fuera del precepto las conductas que se separen meramente de la legalidad urbanística en aspectos accesorios o no esenciales, sin suponer una clara vulneración del bien jurídico protegido. En el caso sometido a enjuiciamiento se trataba de la edificación de una casa y un garaje de 86,78 m. La obra realizada sobrepasaba dicho volumen, por haber exceso en la construcción ya existente, en concreto de 238,50 m. Según la Audiencia, “dicho exceso deberá ser corregido, pero lo que no se puede negar es que la antigua edificación ya estaba contemplada y así consta en el Registro de la Propiedad, considerando en el presente supuesto que la normativa urbanística protege suficientemente frente al exceso volumétrico que se ha llevado a cabo, que por sí mismo no supone una clara afectación al bien jurídico protegido”<sup>34</sup>

Por su parte, de la aplicación del principio de insignificancia con base en parámetros cualitativos da buena cuenta igualmente nuestra jurisprudencia. Paradigma de este proceder son los fallos, que puede considerarse mayoritarios, relativos a las construcciones no permanentes<sup>35</sup>. Valga de cita la SAP de Tarragona, de 28 de mayo de 2015, en el caso de quien en un suelo rústico no urbanizable edificó una caseta prefabricada de madera con soportes metálicos así como un cierre perimetral; la SAP de Barcelona de 4 de mayo de 2011, relativa al montaje de una casa prefabricada de reducidas dimensiones sin excavación y relación con la cual la Audiencia entendió que no era subsumible en el art. 319 CP por carecer de la

conducta de quien “coloca un marco o una puerta donde antes no existía, ni tampoco una chimenea o, por mejor decir, la salida de una chimenea interior, puesto que, por sí, tales actos no dañan el espacio que es objeto de protección, sino que su implantación en todo caso viene a adecentar u ornamentar lo ya edificado pero no alterarlo de forma significativa y con perjuicio del bien jurídico objeto de protección”.

<sup>34</sup> Por el contrario, sobre la base de tales criterios, la STS 24 de noviembre de 2014 consideró constitutiva de delito y no sólo de una infracción administrativa la construcción en una zona especialmente protegida de una piscina de hormigón así como de una solera también de hormigón alrededor de la misma y un camino entre ambas. El sujeto instaló igualmente una casa prefabricada anclada en muros de ladrillo, una terraza de ladrillo y una caseta destinada al baño.

<sup>35</sup> Si bien existen igualmente fallos que, atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes, aprecian el delito también en el caso de estas construcciones no permanentes. Sirva de ejemplo la SAP de Sevilla de 7 de septiembre de 2011, relativa a la construcción de una vivienda de madera sobre base de hormigón en terreno forestal. Para la Audiencia: “es evidente que la conducta de los acusados que realizaron movimientos de tierra para aplanar el terreno y levantar una casa de madera prefabricada, sin licencia, de unos 40 metros cuadrados, con porche cubierto con red, asentada en el terreno sobre una plataforma de hormigón que la hace fija y estable, dándole vocación de permanencia, permite afirmar que estamos ante una edificación”.

“entidad suficiente para atentar contra el bien jurídico protegido”, o la SAP de Soria de 18 de abril de 2002, que recordando de la mano de otros fallos jurisprudenciales en la materia<sup>36</sup> la necesidad de reservar la intervención penal para las infracciones más graves consideró atípica la instalación sobre una base de hormigón una casa prefabricada de 101 metros en suelo no urbanizable con calificación de espacio especialmente protegido.

Revelan estos fallos, en definitiva, la necesidad de suplir por vía interpretativa la ausencia en la letra de la ley de criterios restrictivos de la intervención penal, una carencia que los legisladores de las últimas reformas, 2010 y 2015, no tuvieron en cuenta o a la que simplemente no consideraron necesario poner remedio. En tanto que no parece que en el horizonte más cercano se vislumbre la incorporación en la letra de ley de alguna exigencia relativa a la gravedad de la conducta habrá que seguir confiando en la aplicación restrictiva del precepto en comentario, con la denostada dosis de inseguridad que ello comporta. No es esta, sin embargo, la única carencia que arrastra el art. 319 CP y a la que tampoco las últimas reformas del precepto han sido sensibles. Huérfana de cualquier remedio permanece también una de las cuestiones más conflictivas en las relaciones entre el orden penal y administrativo. De ellas se ocupa el apartado que sigue.

### **III. La modificación sobrevenida de la normativa administrativa y su repercusión en el orden penal**

La adopción por parte del legislador penal de la técnica de remisión normativa conforme a un modelo de accesoriedad del Derecho suscita una serie de cuestiones adicionales a las tratadas en el apartado anterior, relacionadas con la identificación de la normativa que integre el concepto de lo “autorizable”. Entre ellas<sup>37</sup>, nos

<sup>36</sup> En concreto, “no se ha considerado como edificación una caseta para usos pecuarios y dos cobertizos (SAP de Madrid de 16 de septiembre de 2005), caseta de aperos para labranza (SAP de Burgos de 29 de marzo de 2003), caseta para almacén (SAP de Alicante de 19 de noviembre de 1999, nave agrícola de 88 metros cuadrados (SAP de Cáceres de 20 de junio de 2002), estructura metálica dentro de un muro preexistente (SAP de Almería de 7 de febrero de 2006), ampliación de edificación preexistente (SAP de Alicante de 25 de noviembre de 2004), casa de 40 metros cuadrados y altura escasa, encontrándose en las cercanías otras (SAP de Granada de 25 de noviembre de 2003), extralimitarse en una pequeña parte en la ubicación de una construcción para la cual se otorgó licencia (SAP de Salamanca de 25 de junio de 2003) y tampoco se considera edificación cuando se trata de una casa prefabricada de madera esencialmente móvil (SAP de Soria 13 de abril de 2011)”. En esta última sentencia se enjuiciaba además un caso de exceso en sólo 4 metros de lo autorizado.

<sup>37</sup> Dejamos a un lado cuestiones como la relativa a la validez de la norma que integre el supuesto de hecho del tipo penal. De este problema da buena cuenta la STS de 30 de noviembre de 1990. En ella se planteaba la validez de dos Resoluciones de la Dirección General de Industria, que elevaban los límites dentro de los cuales resultaba permitida la emisión de anhídrido sulfuroso establecido por un Decreto del año 1975, elevación que permitiría la continuidad de las actividades de la Central Térmica de Cersc. El TS consideró que la infracción penal en modo alguno podía limitarse por lo que de modo arbitrario e ilegítimo hubieran autorizado normas de rango inferior: “en ningún caso los instrumentos jurídicos que constituyen el punto de referencia sobre el que se construye la infracción penal pueden habilitar o justificar la existencia de normas de desarrollo inferior que de manera individual, arbitraria e ilegítima autoricen, por su cuenta,

interesa en este punto la relativa a la forma en que se acote temporalmente la normativa conforme a la cual la conducta de que se trate pudiera considerarse legalizada, cuestión que en la práctica se traduce en la eventual repercusión que en la calificación de los hechos tenga un posible cambio sobrevenido del planeamiento urbanístico. Se trata en definitiva de los casos en que se produce una legalización *a posteriori* de la construcción, planteándose entonces si aquella puede surtir efectos con carácter retroactivo en el orden penal.

Para situar en sus justos términos el problema, debe delimitarse el supuesto que nos ocupa de otros que pudieran guardar cierta similitud con él. En concreto, la problemática que ahora tratamos debe diferenciarse tanto de los supuestos en que la construcción sea autorizable como de aquellos otros en que el efecto del cambio de la situación administrativa sea el de permitir la regularización de lo ya construido. En primer lugar, la diferencia con los supuestos en que se plantee el carácter autorizable de la obra en cuestión es meridiana, en tanto que por tal se entiende aquello que en el momento de su ejecución era susceptible de quedar amparado por la licencia correspondiente, agotándose el vicio, por ello, en la carencia de su solicitud. Como tuvimos ocasión de comprobar en el apartado correspondiente, se trata de los casos en que la ilegalidad reviste un carácter formal, razón por la cual es de aplaudir que desde la reforma de 2010 el legislador declare sin ambages su atipicidad respecto a cualquiera de las modalidades del art. 319 CP. En segundo lugar, la identificación de la singularidad del caso que ahora centra nuestra atención con las situaciones de mera regularización tampoco plantea especiales problemas. Recordemos que por tal se entiende la adopción por parte de la Administración de una serie de medidas ordenadas a ofrecer un determinado régimen especial a ciertas construcciones ilegales que no por ello pierden tal consideración. Desde este punto de vista se entiende que tales casos ni puedan considerarse comprendidos en la categoría de “lo autorizable”<sup>38</sup>, ni que tampoco planteen el genuino problema de su

índices de contaminación más altos que los marcados por las leyes y reglamentos, por lo que la existencia de dos órdenes ministeriales que conceden esta autorización no sólo las invalida en cuanto a efectos legitimadores, sino que constituye un dato que podría llevar a exigir responsabilidades a la Administración por dejación de sus compromisos y obligaciones fiscalizadoras”.

<sup>38</sup> Mucho menos aún podrían considerarse de tal modo aquellos casos en los que la posible regularización se plantea en términos futuros. En este sentido se pronunció expresamente la CFGE 7/2011 *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo*, que en relación con las urbanizaciones ilegales consolidadas en las que se plantea su posible legalización futura trae a colación la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Sevilla de 31 de marzo de 2011. Llama sin embargo la atención que alguna sentencia se haya pronunciado en sentido distinto. Ilustrativa resulta al respecto la cita de la SAP de Córdoba de 27 de febrero de 2003. A partir del entendimiento de que en el caso concreto enjuiciado se trataba, no de una construcción aislada, sino de una urbanización ilegal ya en su cuarta fase, sin que la Administración hubiera reaccionado de modo eficaz, la consideró autorizable, ya que “hay que pensar necesariamente que dichos poderes públicos tienen que adoptar alguna fórmula que permite reconducir esas situaciones a las vías legales, pues lo contrario implicaría, o bien persistir en la ilegalidad o bien tomar medidas drásticas que a nada podrían conducir ante la trascendencia social e incluso económica que tiene el problema”.

aplicación retroactiva, puesto que, en puridad, no existe una legalización *a posteriori* cuyos efectos pudiera aplicarse, por tanto, con tal carácter<sup>39</sup>.

Así delimitada la cuestión que nos ocupa, procede todavía una aclaración adicional. En concreto, conviene observar que los casos en que se cuestiona el posible efecto retroactivo de la legalización son aquellos en los que ésta ya se ha producido *de facto*. Al margen del problema quedan los supuestos en que únicamente se plantea en términos hipotéticos la eventual modificación futura de los planes de ordenación. Aun cuando puedan encontrarse resoluciones que han apreciado la atipicidad de los hechos con base en tal circunstancia<sup>40</sup> e incluso tal solución haya encontrado cierta acogida en la doctrina<sup>41</sup>, difícilmente sería entendible una despenalización del hecho

<sup>39</sup> Buen ejemplo al respecto lo ofrece el Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía. En tal caso, la regularización sólo podría surtir efectos, en su caso, sobre las consecuencias accesorias, entre ellas la demolición. Como se ha señalado, tal situación produce la paradoja de que “se mantiene también el delito, con las consecuencias que pudiera tener en la fase de ejecución, que continúa inalterada, salvo en lo referente a la demolición de la obra, que ya sí podría dejarse sin efecto”, FERNÁNDEZ ORDÓNEZ, “Delitos contra la ordenación del territorio, análisis de la entrada en vigor del Decreto 2/2012, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable, en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Su repercusión práctica en las diferentes fases del procedimiento penal”, en “Conclusiones encuentro de la jurisdicción penal”. Consultado en [www.juntadeandalucia.es/justicia/portal/adriano/.../formacion\\_juecesOrdTerrtf.rtf](http://www.juntadeandalucia.es/justicia/portal/adriano/.../formacion_juecesOrdTerrtf.rtf).

Con todo, no es difícil encontrar en la jurisprudencia fallos absolutorios sobre la base de tal regularización. Es el caso de la SAP de Córdoba de 24 de enero de 2013, relativa a la construcción de una vivienda unifamiliar sin licencia en suelo no urbanizable pero amparada por el mencionado Decreto 2/2012 de la Junta de Andalucía: “no se trata de la probabilidad de que la legislación sea modificada, sino de la real y efectiva posibilidad de legalización de la edificación”.

<sup>40</sup> Véase por ejemplo el AAP de Vizcaya de 30 de mayo de 2005: “las edificaciones “no autorizables” serían aquellas que, conforme a la normativa urbanística, en ningún caso podrían ser autorizadas por la Administración, dada su manifiesta contradicción con el planeamiento. Es decir, edificaciones “no susceptibles de ser legalizadas”, extremo este que no encontramos en el supuesto analizado, dado que la zona donde se ejecuta la edificación va a sufrir un cambio con las futuras Normas Subsidiarias que están pendientes de aprobarse, con lo que en ese momento la edificación sí que probablemente podría ser autorizada”; a la misma solución apunta la SAP de Alicante de 27 de enero de 2001; la SAP Santa Cruz de Tenerife de 30 de junio de 2008: “no pueden tampoco obviarse las manifestaciones técnicas vertidas sobre la calificación del suelo y la eventualidad de una futura, no muy lejana, clasificación como suelo urbano, con el alcance que a esta circunstancia debe darse al valorar la supuesta concurrencia de estos hechos delictivos”; o la SAP de Valencia de 12 de febrero de 2003, para la que la expresión ‘edificación no autorizable’ excluye “aquella edificación que, si bien inicialmente no está permitida, con el tiempo, en un futuro podrá ser autorizada, reservándose el tipo para aquellas infracciones urbanísticas de tal gravedad que no admiten posterior subsanación, autorización o convalidación”. Recuerda a su vez las sentencias de la misma sala de 10 de junio y 22 de octubre de 2002, que se pronunciaron en los siguientes términos: “la expresión no autorizable al formular un tiempo verbal futuro está proclamando que la adaptación de la obra a la legalidad ha de contemplarse desde una perspectiva dinámica, evolutiva y razonablemente posibilista, desapareciendo la tipicidad cuando la autorización forma parte del futuro capaz de materializarse”. Puede verse también la SAP de Ciudad Real, de 25 de noviembre de 2005, al considerar inminente el cambio de planeamiento, con las consiguiente condición futura de autorizable de la edificación.

<sup>41</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “Infracciones urbanísticas y delitos contra la ordenación del territorio”, en *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ*, Madrid, 1997: “el principio de intervención mínima que informa el derecho penal obliga a excluir del tipo penal aquellas edificaciones que razonablemente puedan aspirar a una legalización posterior”. A falta de una reflexión más profunda y con ocasión de tratar de forma muy incidental la cuestión, yo misma acepté tal solución en otro trabajo tomando en consideración el principio de antijuricidad

en virtud de tal consideración<sup>42</sup>. Porque como afirmara ya la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 27 de diciembre de 1999, entonces el tipo penal se vaciaría por completo de contenido, en tanto que en términos hipotéticos todo es legalizable<sup>43</sup>. Se comprende, por ello, que la CFGE 7/2011 *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo*, declarase improcedente la “inaplicación del tipo penal por la simple voluntad manifestada por un Ayuntamiento de proceder a la modificación del planeamiento aplicable”, criterio al que responden los Autos del TS de 4 de mayo de 2013<sup>44</sup>, de 17 de marzo de 2014<sup>45</sup>, y de 10 de septiembre de 2014<sup>46</sup>.

Ciñéndonos, pues, al valor de las legalizaciones ya llevadas a cabo, la doctrina que se ha ocupado del tema suele pronunciarse en sentido contrario a admitir indiscriminadamente espacios de atipicidad en consideración a un cambio sobrevenido del planeamiento<sup>47</sup>. Por el contrario, suele ser común recurrir a una serie de criterios en orden a discriminar el tratamiento de los distintos casos que pudieran plantearse en la práctica, ya sea en función de la concreta estructura de la norma penal de remisión, ya sea atendiendo a las razones explicativas que están en la base del cambio<sup>48</sup>. Entre la primera forma de razonar, destaca la defensa por parte de un

material, GÓMEZ RIVERO, M.C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, op. cit., pág. 30.

<sup>42</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, arts. 319 y 320 CP”, en *La reforma penal de 2010 (dir. Quintero)*, Navarra, 2010, págs. 277 ss.

<sup>43</sup> Véase también la SAP de Sevilla de 22 de diciembre de 2006, para la que el término no autorizable no se refiere “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...es susceptible de modificación por decisión del legislador o de la Administración competente en materia urbanística”.

<sup>44</sup> “La simple manifestación de voluntad del Consistorio de proceder a modificar el Planeamiento para si es posible de acuerdo a la normativa legalizar la construcción, no varía el carácter de “edificación no autorizable” al tiempo de realizarse los hechos que es lo que exige el tipo penal aplicado. El delito no desaparece por esa intención exteriorizada por el Consistorio de proceder a dicho cambio para tratar de regularizar la zona, que es en definitiva lo que se acuerda como criterio, sin una ejecución concreta ni resultado final”. Yendo más allá de este escenario, descarta igualmente la aplicación retroactiva incluso en los casos de modificación efectiva de los planeamientos con posterioridad a la conducta.

<sup>45</sup> Vuelve a recordar que “lo relevante es la normativa que regía al momento de los hechos”, de tal modo que “el delito no desaparece por esa intención del Consistorio de proceder a la modificación del Plan”.

<sup>46</sup> En relación con la petición de no demolición de la obra debido al inicio de trámites de modificación del PGOU, reproduce la doctrina contenida en el ya citado ATS de 4 de mayo de 2013.

<sup>47</sup> Por todos, GORRIZ ROYO, E., *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, op. cit., en relación con el art. 319.1 págs. 759, 800 ss., y en relación con el apartado 2 del art. 319, págs. 812 ss. Pese a tal parecer mayoritario, no faltan posturas favorables a la aplicación retroactiva. En este sentido, véase por ejemplo ACALE SÁNCHEZ, M., *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, op. cit., págs. 160 s., al entender que se trataría de un cambio normativo, pues los planes urbanísticos tienen tal naturaleza normativa; MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Objeto material y conducta típica en los delitos contenidos en el artículo 319 del Código penal”, en *Urbanismo y corrupción política. Una visión penal, civil y administrativa*, Madrid, 2013, págs. 314 ss.

<sup>48</sup> Puede verse una completa exposición al respecto en GARCÍA ARÁN, M., “La prevención del delito urbanístico más allá del Derecho penal”, en *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, 2013, pág. 942.

importante sector doctrinal del criterio que atiende a la diferencia entre los meros elementos normativos típicos y las leyes penales en blanco. Al decir de los partidarios de esta construcción, los elementos normativos típicos no responden propiamente a la técnica de remisión o reenvío formal, como sin embargo es propio de las leyes penales en blanco. Tales elementos típicos se caracterizan por no hacer en realidad referencia a una norma o precepto administrativo, sino a los efectos de la normativa administrativa<sup>49</sup>. A aquella categoría respondería el requisito de lo “autorizable” a efectos del art. 319, resultando así que “la norma de planeamiento no es ‘elevada a la categoría’ de ley penal como consecuencia de su integración en la ley penal y, por tanto, no puede ser aplicada retroactivamente”<sup>50</sup>.

Por su parte, entre los criterios atentos a las razones explicativas que están en la base del cambio, la mayor tradición corresponde al que discrimina el tratamiento en función de si éste obedece a una alteración de la valoración jurídica de la conducta o por el contrario, tan sólo a un mero cambio fáctico, esto es, de las circunstancias que condicionan y justifican la prohibición<sup>51</sup>, criterio que ha encontrado eco tanto en la doctrina<sup>52</sup> como en la jurisprudencia<sup>53</sup>. Sólo los primeros podrían tener efica-

<sup>49</sup> DE LA CUESTA AGUADO, P.M., “La aplicación retroactiva de la norma de planeamiento urbanístico en el art. 319 CP”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 6, 2011, págs. 40 s.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pág. 40.

<sup>51</sup> Para una exposición de este y otros criterios elaborados al respecto puede recurrirse al estudio de SILVA SÁNCHEZ, J., “Legislación penal socio-económica y retroactividad de las disposiciones favorables: el caso de las ‘leyes penales en blanco’”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann*, BOE, 1995, págs. 697 ss., 701 ss.

<sup>52</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Sobre la retroactividad penal favorable*, Madrid, 2000. Parte este autor de que las leyes extrapenales que integran la norma penal responden a la naturaleza de las leyes temporales, lo que determina como línea de principio la improcedencia de su aplicación retroactiva. No obstante reconoce la necesidad de averiguar si desde un punto de vista material la sucesión de normas se debe a un cambio de valoración penal del hecho, caso en el que procedería su aplicación con carácter retroactivo, págs. 77 ss; POZUELO PÉREZ, L./DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Demolición o comiso, Diario La Ley, Nº 6948, 19 de Mayo de 2008: “Cuando se trata la cuestión de la retroactividad penal favorable, la normativa extrapenal a la que remiten los tipos no puede valorarse igual que la propia legislación penal, si no se pretende dejar de modo general en manos de las autoridades administrativas la destipificación de conductas. La solución más razonable en este punto es atender a si el cambio en la normativa extrapenal supone un *cambio en la valoración de la conducta antes considerada delictiva o no*, que afecte al contenido de *injusto* del delito. Sólo entonces cabrá hablar de *retroactividad favorable*... sería irrazonable apelar a la retroactividad favorable *cuando las referidas modificaciones no afectasen al núcleo del injusto del hecho, sino sólo al objeto (que no hay que confundir con el bien jurídico) o a otros elementos fácticos*”; POZUELO PÉREZ, L., “La delincuencia urbanística”, en *Derecho Penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, Granada, 2012, pág. 53; VILLACAMPA ESTIARTE, C., Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, arts. 319 y 320 CP”, *op. cit.*, pág. 277; GARCÍA ARÁN, M., “La prevención del delito urbanístico más allá del Derecho penal”, *op. cit.*, quien sostiene, al menos como regla general, el carácter irretroactivo de la pena en el caso de recalificación urbanística, en tanto que los planes de ordenación no contienen elementos de valoración, moviéndose dentro de los de la ley. Diferente entiende que sería el supuesto del cambio de la calificación de los terrenos debido a un cambio en la regulación con rango de ley, caso en el que cabría apreciar un cambio valorativo y, por tanto, su aplicación retroactiva, pág. 948; MARTÍNEZ BUJÁN PEREZ, *Derecho penal y económico de la empresa*, *op. cit.*, pág. 972, para quien la exención de responsabilidad con carácter general sólo procedería mediando una causa de anulación de la pena que, en el caso que nos ocupa, el legislador penal no ha decidido crear.

cia retroactiva siempre, además, que como sostuviera SILVA SÁNCHEZ, decaiga el sentido del mantenimiento de la pena en términos preventivos<sup>54</sup>. La asunción, como aquí se hace, de tal razonamiento lleva en el caso concreto que nos ocupa a considerar improcedente admitir con carácter retroactivo el cambio de planeamiento para fundamentar la atipicidad de la conducta realizada antes de su vigencia<sup>55</sup>. Por una parte, por cuanto la mayoría de las veces tal cambio no será explicable por una relajación de las consideraciones relativas a la tutela del bien jurídico protegido por los delitos contra la ordenación del territorio ni, por ende, por una alteración del juicio en torno a la necesidad de la pena. Su modificación responderá de ordinario tan sólo a un cambio de las circunstancias que determinan la protección del suelo en el caso concreto y que, por ello, no pueden proyectarse de modo retroactivo en el tiempo.

Por otra parte, y a partir de dicha consideración, no se pasa por alto que la aplicación retroactiva de la nueva normativa supondría otorgar a la Administración la potestad de definir el injusto penal<sup>56</sup>, con la consiguiente atribución de la facultad de utilizar, también de modo desviado, la potestad reglamentaria para regularizar – con alcance penal- actuaciones que desde un punto de vista material no sólo representaron en su momento, sino que pueden seguir suponiendo una lesión a la ordenación del suelo conforme a su orientación a la tutela de intereses generales. Cierto es que la actuación administrativa está sujeta a control y que las modificaciones

<sup>53</sup> En este sentido puede verse el ya citado ATS de 4 de mayo de 2013: “Que posteriormente la normativa varíe esas condiciones no afecta a la antijuricidad de la conducta pasada, ni supone necesariamente una valoración diferente y más benigna de la misma. Lo relevante es la normativa que regía en el momento de los hechos. Solo las modificaciones legislativas que obedecen a verdaderos cambios valorativos -el legislador opina que no es necesario seguir protegiendo del mismo modo un determinado bien jurídico o que determinado comportamiento ya no es lesivo para el bien jurídico de manera que no se mantiene la necesidad político criminal de un concreto tipo delictivo-, deben aplicarse retroactivamente si son favorables”.

<sup>54</sup> SILVA SÁNCHEZ, J., “Legislación penal socio-económica y retroactividad de las disposiciones favorables: el caso de las ‘leyes penales en blanco’”, *op. cit.* págs. 715 ss. Sobre la base de que el fundamento material de la ley penal más favorable es la ausencia de necesidad político criminal de la pena, propone como criterio rector atender a la ausencia de ésta. En concreto, no procedería la aplicación retroactiva en los casos en que el hecho cometido antes del cambio legal siga siendo lesivo para el bien jurídico protegido por el tipo correspondiente también tras su modificación: “cuando pese a haber quedado despenalizado el hecho para el futuro, dicho hecho, contemplado como cometido en el pasado, esto es, en su exacta circunstancia, pueda seguir contemplándose como una agresión relevante contra el bien jurídico protegido en el tipo y, por tanto, como algo que debe seguir tratándose de prevenir”. La atención a este extremo permite, según el autor, ofrecer un tratamiento discriminado de los distintos casos de cambio de valoración que pudieran plantearse en la práctica, entre los que pueden descubrirse algunos en los que no proceda la aplicación retroactiva de la ley penal, págs. 720 ss. El criterio ha encontrado amplio eco en la doctrina. Por todos, BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A., “Relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. 2.- La problemática de las normas penales en blanco”, *op. cit.*, págs. 118 s.

<sup>55</sup> POZUELO PÉREZ, L., “La delincuencia urbanística”, *op. cit.*, pág. 54: “las modificaciones de los planeamientos urbanísticos que declaren urbanizables terrenos donde alguien había realizado una construcción ilegal no ‘borran’ del mundo la conducta delictiva previa”.

<sup>56</sup> POZUELO PÉREZ, L./DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Demolición o comiso”, *op. cit.*, para quien “Afirmar esa «atipicidad sobrevenida» conduciría a una conclusión político-criminalmente inadmisibles: dejar en manos de las autoridades locales la decisión sobre la viabilidad de la acción penal precisamente en los casos de delincuencia urbanística en que más preocupante sería atribuirles dicha facultad”.

urbanísticas que sean expresión de la desviación de poder no podrán justificar la atipicidad de la conducta, ni a efectos del art. 319 CP<sup>57</sup> ni en lo que se refiere a la eventual comisión por parte de la autoridad o funcionario público de un delito del art. 320 CP<sup>58</sup>. Pero también lo es que dentro de la potestad discrecional de la Administración son imaginables supuestos que resulten respaldados por aquella –y respecto a los que por lo tanto no pueda predicarse tal actuación prevaricadora– pese a que respondan a intereses oportunistas. Habría resultado deseable, por todo lo anterior, que el legislador hubiera incluido en el art. 319 CP una referencia similar a la contenida en el art. 320 CP, que al tipificar la conducta de la autoridad o funcionario público que de modo ilegal informa favorablemente los instrumentos y proyectos que contempla el precepto o bien concede licencias contrarias a las legislaciones en materia de ordenación territorial o urbanística o silencia su infracción, aclara expresamente que las normas a tener en cuenta son las “vigentes”.

La posición que aquí se sigue ha encontrado eco tanto en la Fiscalía General del Estado<sup>59</sup> como en la aplicación práctica del precepto por parte de nuestros Tribunales de justicia, en tanto que no son aislados los fallos que reconocen que una vez consumado el delito la conducta no puede quedar destipificada *a posteriori* por un cambio sobrevenido de planeamiento. Ilustrativa es al respecto, entre otras<sup>60</sup>, la SAP de Sevilla

<sup>57</sup> Por todos, ACALE SÁNCHEZ, M., *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, op. cit., pág. 161.

<sup>58</sup> De hecho, en relación con este precepto el legislador ha incluido en su redacción un elemento que asegura que el cambio posterior de planeamiento no altere la tipicidad de la conducta ya cometida. Recordemos que al contemplar la modalidad de concesión ilegal de licencias el art. 320 CP hace referencia a que sean “contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes”. Se despeja así cualquier duda respecto a la posibilidad de considerar atípica la conducta sobre la base de una modificación posterior de la normativa que determinada la ilegalidad.

<sup>59</sup> CFGE 7/2011 *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo*: “no cabe la aplicación retroactiva de la ley penal por el mero cambio de planeamiento urbanístico materializado con posterioridad al momento de comisión del delito... El delito, por tanto, no desaparece ni con la modificación posterior de ese planeamiento ni mucho menos con la simple intención exteriorizada por un Consistorio de proceder a dicho cambio”.

<sup>60</sup> Véase, por ejemplo, la SAP de Tarragona de 21 de junio de 2013: “La condición de no autorizable o de autorizable debe analizarse en función de las características de la obra al momento de su ejecución a la luz de la norma vigente a salvo que modificaciones de tipo normativo hagan que ese hecho ejecutado, y no otros posteriores, pueda ser autorizado”; la SAP de Valencia de 16 de junio de 2011: “la posibilidad de que algo llegue a legalizarse, acontecimiento siempre futuro e incierto, no puede sustentar la interpretación del delito que nos ocupa ni de ningún otro, porque en realidad todo es legalizable, lo que hoy no tiene encaje legal puede tenerlo en el devenir, con lo que nunca se estaría ante la infracción penal, y quedaría siempre abierto el camino hacia el fraude, para lo que bastaría aducir en cascada motivos para la posibilidad de legalización, con el cuidado de no introducirlos todos juntos, de suerte que pretendido uno, y llegada la denegación, se eche mano de otro disponible, y así sucesivamente. Por su parte, autorizable es lo que es susceptible de ser autorizado, cuestión que hay que ventilar con lo que hay, no con lo que pueda haber no se sabe cuándo, con atención no a meros defectos de escasa trascendencia y subsanables, que hagan posible la convalidación sin más, como pudiera ser el pago de lo que correspondiera en mérito de una carga impositiva, sino al fondo, de manera que la disyuntiva es tajante y excluyente, esto es, o se puede autorizar o no se puede”; la SAP de León de 18 de junio de 2003, relativa a la construcción de una nave ganadera en suelo no urbanizable, no autorizable en el momento de la ejecución, si bien el cambio de normativa determinó que la construcción cumpliera los requisitos a posteriori. En palabras de la sentencia, las normas eran “las que estaban debidamente aprobadas y en vigor, luego a ellas y a nada más que ellas y a sus propios términos, es a las que hay

de 7 de septiembre de 2011, que recordando la doctrina de la misma Sala contenida en la Sentencia de 22 de diciembre de 2006, afirma que de admitirse la atipicidad de la conducta en razón de la autorización posterior “el delito nunca podría cometerse ya que la calificación del terreno es susceptible de cambio por el legislador o resolución de la administración competente en materia urbanística. Este elemento debe referirse a la ilegalidad de la edificación en el momento en que se realiza...”

No son, sin embargo, difíciles de encontrar pronunciamientos jurisprudenciales que se muestran dispuestos a conceder efectos retroactivos a la modificación del planeamiento, con la consiguiente admisión de la atipicidad sobrevenida de la conducta. De hecho, tal argumentación ha encontrado cierto respaldo en nuestro Tribunal Constitucional, que en el Auto 395/2004, de 19 de octubre, consideró que el problema de seguridad jurídica que plantea la sucesión de planeamientos y recalificaciones “sería resoluble a través de la aplicación retroactiva de las normas que resultaran más favorables”. Ya en el ámbito de la jurisdicción penal y, en concreto, en el de la jurisprudencia de las Audiencias, resulta ilustrativa, entre otras<sup>61</sup>, la cita de la SAP de Tarragona de 4 de marzo 2013. Tras reconocer que “Las condiciones de lo autorizable -como contraposición a lo no autorizable- son normativas y deben ponerse en relación con el hecho ejecutado”, lo que significa que “lo que hace autorizable al hecho *tal como se ejecutó* es que quepa en la norma”, admite lo que denomina una matización ampliatoria: “Al tratarse de una ley penal en blanco, cabe aceptar que si se producen modificaciones normativas de las condiciones de autorización que hicieran al hecho constructivo inocuo a efectos típicos, *por ejemplo porque se declara el suelo urbanizable o porque las nuevas condiciones permiten que el hecho tal como fue ejecutado en su momento pueda ser autorizado*, se daría una suerte de efecto retroactivo del contenido ‘normativo extrapenal’ del tipo a favor de reo”.

Todavía, entre las dos posturas extremas es posible detectar otra intermedia, de la que ofrece buena muestra la SAP Castellón de 19 de junio de 2003. En ella se enjui-

que acudir para ver si la edificación era autorizable, y desde luego que no lo era, siendo precisamente por tal motivo por el que se deniegan las licencias... y con independencia de que en la actualidad las normas se hayan modificado en dicho punto, lo cierto es que el delito iniciada la obra ilegal, queda ya consumado, y la continuidad en la ejecución de la obra sigue perteneciendo a la fase consumativa del mismo”; o la SAP Granada de 16 de enero de 2002, al considerar que “no es posible que consumado el tipo delictivo cuando se realiza la edificación no autorizable en suelo no urbanizable, tal delito pueda quedar «destipificado» por el hecho de que en un futuro pueda tener lugar una modificación de las normas subsidiarias de planeamiento y ser recalificado como urbano. Una conducta, delictiva cuando se realiza, no puede quedar impune porque en un futuro varíe un Plan de Ordenación”.

<sup>61</sup> Véase también, por ejemplo, la SAP de Pontevedra de 19 de enero de 2012, al considerar la nueva norma más favorable para el reo por la vía de la remisión legislativa que integra la norma penal en blanco, lo que fundamentaría su efecto retroactivo; la SAP de Granada, de 11 de enero de 2008; la SAP de Málaga de 5 de septiembre de 2006; la SAP de Cádiz de 2 de octubre de 2002, o, ya antes, la citada SAP Palencia de 13 de octubre de 1998, que justifica la atipicidad de la construcción sin autorización de un chalet en suelo rústico en el dato de que “el terreno va a ser recalificado como urbano, mediante la oportuna modificación de las Normas Subsidiarias y Plan Parcial”, añadiendo que otra interpretación “puede llevar al absurdo de condenar a quien ...ha construido en terreno que, aunque «a posteriori», ha sido calificado de urbano”.

ciaba la legalidad de las obras de ampliación del estadio de fútbol del Villarreal, realizadas invadiendo suelos destinados a viales y zonas verdes sin licencia municipal, que fue concedida una vez iniciada la obra, previa modificación del plan general de ordenación urbanística realizado para adecuarlo al planeamiento las obras que se realizaban en el estadio. La cita de esta Sentencia es interesante, porque si bien parte de una premisa, la irrelevancia a efectos penales del cambio de planeamiento<sup>62</sup>, llega sin embargo a la conclusión opuesta sobre la base de un razonamiento que no deja de ser curioso, en tanto que hace descansar la singularidad del fallo, junto a otros argumentos<sup>63</sup>, en la utilidad social del club deportivo: “No obstante en el presente caso, desde la perspectiva de la lesión del bien jurídico y atendiendo a la justificación ofrecida desde el Ayuntamiento, consideramos que la conducta es atípica... La justificación ofrecida para la modificación del plan, desde la perspectiva penal, excluye la desviación de poder e impide considerar que se elaboró y aprobó con el torcido fin de autorizar unas obras no autorizables, pues las mismas tendían también a la satisfacción de un servicio de bienestar social como lo es el referente a instalaciones deportivas. En realidad no hubo ofensa de la ordenación del territorio con relevancia penal, sino un conflicto de intereses...”. Frente a tal proceder entiendo por las razones antes expuestas que la coyunturalidad inherente al cambio de planeamiento y, en todo caso, su carácter ajeno al interés protegido por la norma penal lleva a considerar con carácter general improcedente admitir de modo retroactivo la atipicidad de la conducta. Por ello debe entenderse que la referencia desde la reforma de 2010 al concepto de construcciones no autorizables ciñe su alcance a aquello que, conforme a la legislación vigente en el momento de comisión de los hechos tenía tal consideración, sin poder abarcar a aquellas otras que sólo lo sean *a posteriori* y de la mano de un cambio más o menos coyuntural de la calificación del suelo<sup>64</sup>.

#### IV. Conclusiones

El recorrido por alguna de las cuestiones que plantea la estrecha e inevitable relación entre la normativa administrativa y el delito urbanístico pone sobre el tapete la necesidad de trazar con cierta dosis de seguridad los límites de intervención de cada uno de los órdenes. Según hemos podido comprobar, los riesgos que comporta

<sup>62</sup> “El simple cambio de planeamiento realizado con el fin de legalizar las obras no convierte en atípica una conducta lesiva para la ordenación del territorio”.

<sup>63</sup> Básicamente la liberalización de espacios construidos de forma simultánea a la modificación del Plan de Urbanismo que amparaba la ampliación del estadio.

<sup>64</sup> Cuestión distinta será la posibilidad de tener en cuenta tal cambio de planeamiento a efectos de no acordar la demolición de la obra. RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F., *Los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo. Análisis jurisprudencial del art. 319 CP, op. cit.*, págs. 154 ss: “un cambio sobrevenido posterior no afectará al tipo penal que se ha visto consumado, pues lo relevante es la normativa vigente al momento de llevarse a cabo las obras. Sí será relevante ese cambio por ejemplo al objeto de acordar o no la demolición”.

ignorar sus respectivos ámbitos de aplicación se traducen en una doble distorsión de carácter antitético. Por una parte, en la tendencia a utilizar el Derecho penal como recurso primario en la lucha contra los atentados a la ordenación del territorio e incluso de modo más amplio, contra la legalidad urbanística, ofreciendo así una falsa imagen de eficacia ante el fracaso del orden administrativo. La facilidad de caer en dicha tentación viene servida desde el momento en que la redacción de los correspondientes tipos penales no ofrece parámetro material alguno que ayude a delimitar el injusto penal frente al administrativo, una tarea sólo ensayada de la mano de la interpretación doctrinal y jurisprudencial del precepto que ha estado guiada por el afán de asegurar el respecto también en esta materia de principios básicos de la intervención penal, como el de *lesividad o insignificancia*.

Junto con el riesgo de incurrir en una desmedida aplicación del Derecho penal se plantea una segunda posible distorsión no menos grave que la anterior, si bien de signo opuesto a ella. Se cifra en el riesgo de que la Administración cercene la aplicación del castigo penal de la mano de un cambio de la normativa a la que necesariamente se remiten los tipos penales. Ni que decir tiene que, en sí, tal efecto no sólo resulta reprochable sino que representa una manifestación del normal funcionamiento de las relaciones entre ambas ramas del Ordenamiento jurídico. Los efectos perversos se detectan allí donde dicha modificación no obedece a cambio valorativo alguno, sino a razones fácticas coyunturales que pudieran incluso responder a intereses particulares. La pretensión de aplicar la nueva normativa que integra el tipo con carácter retroactivo supondría una flagrante perversión del sentido de la prohibición penal, por desconocer el contenido de injusto de la conducta al momento de su comisión y las consiguientes razones que en términos del cumplimiento de los fines de la pena demandan la aplicación de la norma. Y desde luego, tan preocupante como la expansión del Derecho penal para reprimir ilícitos que no le corresponden es su retirada al son de los intereses administrativos y, en todo caso, ajenos a los parámetros que han de regir la intervención penal. La gravedad de incurrir en cualquiera de estas distorsiones aconseja la introducción en la letra de la ley de algún criterio que a la par de orientar la actuación de los Tribunales de justicia dote de seguridad y uniformidad a su aplicación en la práctica. A la luz de la ocasión perdida por las últimas reformas, las de 2010 y 2015, no parece, desde luego, que el problema vaya a encontrar respuesta legal a corto plazo.

### ***Bibliografía citada***

- ACALE SÁNCHEZ, M., *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, Barcelona, 2011.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos*, Barcelona, 2007.
- BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A., “Relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. 2.- La problemática de las normas penales en blanco”, en *Ordenación del terri-*

- torio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial (Dir. Faraldo Cabana), Valencia, 2011.*
- “Relaciones entre el Derecho penal y el Derecho Administrativo. 1.- La relación de accesoriadad con el Derecho administrativo”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial (Dir. Faraldo Cabana), Valencia, 2011.*
- CARDENAL MURILLO, A., “Bien jurídico y delito urbanístico. Objeciones a una consideración formal”, en *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón, Valencia, 2004.*
- DE LA CUESTA AGUADO, P.M., “La aplicación retroactiva de la norma de planeamiento urbanístico en el art. 319 CP”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 6, 2011.
- FERNÁNDEZ ORDÓNEZ, “Delitos contra la ordenación del territorio, análisis de la entrada en vigor del Decreto 2/2012, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable, en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Su repercusión práctica en las diferentes fases del procedimiento penal”, en “Conclusiones encuentro de la jurisdicción penal”. Consultado en [www.juntadeandalucia.es/justicia/portal/adriano/.../formacion\\_juecesOrdTerrtf.rtf](http://www.juntadeandalucia.es/justicia/portal/adriano/.../formacion_juecesOrdTerrtf.rtf).
- GARCÍA ARÁN, M., “La prevención del delito urbanístico más allá del Derecho penal”, en *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Valencia, 2013.*
- GÓMEZ RIVERO, M.C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio, Valencia 2000.*
- “La reforma del delito urbanístico: luces, sombras y oscuridades en materia de corrupción”, en *RGDP*, nº 14, 2010
- GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística, Valencia, 2004.*
- *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, Valencia, 2003.*
  - “Sentido y alcance del ‘ne bis in idem’ respecto a la preferencia de la jurisdicción penal, en la jurisprudencia constitucional (en especial, la STC 2/2003, de 16 de enero), en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIV, 2002-2003.
  - “Los delitos contra la ordenación del territorio: arts. 319 y 320 CP”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010, Dirs. Álvarez García, F.J, González Cussac, J.L., Valencia 2010.*
- MARTÍN VALDIVIA, S., “De cómo el Derecho penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística (El deterioro de métodos y objetivos en la lucha contra la indisciplina urbanística y el protagonismo del legislador y la jurisprudencia en la deriva de la institución)”, en *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa), dir. Morilla Cueva, L, Madrid, 2013.*
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Sobre la retroactividad penal fvorable, Madrid, 2000.*
- MARTÍNEZ BUJÁN PEREZ, C., *Derecho penal y económico de la empresa, 5ª ed., 2015.*
- MORILLAS CUEVAS, L., “Los delitos urbanísticos: una valoración entre dogmática y político criminal”, en *Urbanismo y corrupción política (Una visión penal, civil y administrativa), Morilla Cueva, L (Dir.), Madrid, 2013.*

- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Objeto material y conducta típica en los delitos contenidos en el artículo 319 del Código penal”, en *Urbanismo y corrupción política. Una visión penal, civil y administrativa*, Madrid, 2013.
- POZUELO PÉREZ, L., “La delincuencia urbanística”, en *Derecho Penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, Granada, 2012.
- POZUELO PÉREZ, L/DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Demolición o comiso, Diario La Ley, Nº 6948, 19 de Mayo de 2008.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Infracciones urbanísticas y delitos contra la ordenación del territorio”, en *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ*, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F., *Los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo. Análisis jurisprudencial del art. 319 CP*, Granada, 2015.
- SÁNCHEZ ROBERT, M.J., *El delito urbanístico*, Madrid, 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, J., “Legislación penal socio-económica y retroactividad de las disposiciones favorables: el caso de las ‘leyes penales en blanco’”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann*, BOE, 1995.
- ¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español”, en *Actualidad Penal*, nº 23, 1998.
- SUAREZ MIRA, C., “El bien jurídico protegido”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial (Dir. Farraldo Cabana)*, Valencia, 2011.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Responsabilidad del funcionario público en los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *Estudios penales y criminológicos*, 1997.