

**Capítulo IX. LA PROTECCIÓN PENAL DE LA
ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL
URBANISMO A TRAVÉS DEL ARTÍCULO
319 CP. RESEÑAS DEL ARTÍCULO 320 C.P**

M^a Gema Macías Sañudo

SUMARIO

| | | |
|------------|--|--------------|
| I | CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO | 1.015 |
| I.1 | Los condicionantes de la intervención del derecho sobre el urbanismo. La necesidad de tipificación de estas conductas | 1.015 |
| I.2 | Normativa. El principio de intervención mínima | 1.018 |
| 2.1 | Normativa | 1.018 |
| 2.2 | El principio de intervención mínima | 1.020 |
| II | EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO | 1.021 |
| II.1 | Introducción | 1.021 |
| II.2 | La Ordenación del Territorio y el Urbanismo en la Constitución española | 1.021 |
| II.3 | El respeto a la jerarquía normativa: Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Urbanismo | 1.023 |
| II.4 | La delimitación penal del bien jurídico | 1.024 |
| III | EL TIPO BÁSICO DEL ART. 319.2 CP | 1.026 |
| III. 1 | Sujetos | 1.026 |
| 1.1 | Sujeto activo | 1.026 |
| 1.2 | Sujeto pasivo | 1.027 |
| III. 2 | Tipo objetivo | 1.028 |
| 2.1 | Delitos cometidos sobre suelo no urbanizable | 1.028 |
| 2.2 | Conducta típica | 1.030 |
| Primero. | Llevar a cabo | |
| Segundo. | Obras de urbanización, construcción o edificación | |
| a) | Ampliación del tipo a raíz de la reforma operada por la LO 5/2010 | |
| b) | Excurso: referencia a las casas prefabricadas, de madera o desmontables | |
| 2.3 | No autorizable | 1.033 |
| Primero. | El concepto no autorizable | |
| Segundo. | Obras con licencias nulas de pleno derecho | |
| Tercero. | Obras que no se ajustan a la licencia | |
| Cuarto. | Normal penal en blanco | |
| 2.4 | Elementos subjetivos | 1.040 |
| 2.5 | Causa de atipicidad. El error de tipo | 1.041 |

| | | |
|-------------|--|--------------|
| III.3 | Antijuricidad | 1.041 |
| III.4 | Culpabilidad | 1.043 |
| 4.1 | El error de prohibición | 1.043 |
| 4.2 | Excurso: La eficacia de la falta de publicación de la normativa territorial o urbanística aplicable. Comunidad Autónoma de Andalucía | 1.043 |
| III.5 | Iter criminis | 1.047 |
| III.6 | Autoría y participación | 1.048 |
| IV. | EL TIPO AGRAVADO DEL ART. 319.1 CP | 1.050 |
| V. | PENAS, RESPONSABILIDAD CIVIL Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS PREVISTAS | 1.056 |
| V.1 | Penas | 1.056 |
| 1.1 | Prisión | 1.056 |
| 1.2 | Multa | 1.056 |
| 1.3 | Inhabilitación | 1.057 |
| V.2 | Responsabilidad civil | 1.058 |
| 2.1 | Ubicación y formas | 1.058 |
| 2.2 | Naturaleza civil | 1.059 |
| V.3 | Consecuencias accesorias | 1.061 |
| 3.1 | El comiso | 1.061 |
| 3.2 | La demolición | 1.063 |
| VI. | LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO | 1.070 |
| VI.1 | Consideraciones previas | 1.070 |
| VI.2 | La prescripción en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo | 1.071 |
| 2.1 | Plazo de prescripción | 1.071 |
| 2.2 | Determinación del día a quo | 1.071 |
| | Primero. En sede penal | |
| | Segundo. En sede administrativa | |
| | Tercero. Conclusión | |
| 2.3 | La interrupción de la prescripción | 1.074 |
| 2.4 | Excurso. El valor probatorio de las actas de inspección y el valor de los sistemas de teledetección | 1.074 |
| VII. | OTRAS CUESTIONES RELEVANTES | 1.076 |
| VII.1 | Personas jurídicas | 1.076 |
| VII.2 | Concurso | 1.077 |

| | | |
|--------------|---|--------------|
| VII.3 | La intervención del Ministerio Fiscal en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo | 1.078 |
| VII.4 | Las medidas cautelares en el proceso penal | 1.081 |
| VII.5 | La vis atractiva del procedimiento penal | 1.082 |
| 5.1 | Cuestión prejudicial | 1.082 |
| 5.2 | Vinculación de lo probado penalmente | 1.083 |
| VIII | RESEÑAS RELATIVAS AL ARTÍCULO 320. INTRODUCCIÓN | 1.084 |
| IX. | BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 320. NUEVAS APORTACIONES | 1.085 |
| X. | EL TIPO DEL ART. 320 CP | 1.086 |
| X.1 | Sujetos | 1.086 |
| 1.1 | Sujeto activo | 1.086 |
| 1.2 | Sujeto pasivo | 1.088 |
| X.2 | Tipo objetivo | 1.088 |
| 2.1 | Conducta típica | 1.088 |
| 2.2 | Elemento normativo “injusticia” | 1.091 |
| 2.3 | Tipo subjetivo. Dolo. Error de tipo | 1.092 |
| X.3 | Antijuricidad. Causas de justificación | 1.093 |
| X.4 | Culpabilidad. Error de prohibición | 1.093 |
| X.5 | Autoría y participación | 1.094 |
| XI. | PENOLOGÍA | 1.095 |
| XII. | LA COMPLEJIDAD DE LOS ENTRAMADOS DE CORRUPCIONES URBANÍSTICA. OTROS DELITOS Y LA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS | 1.096 |
| XIII. | CONCLUSIONES | 1.097 |

Nota: el presente trabajo se aborda desde la perspectiva administrativa propia de quien lo suscribe; no obstante se lleva a cabo dentro del pleno respeto a la doctrina penalista, sabedora de los pormenores que, desde la teoría del delito y de la pena, pueden ofrecer estos tipos penales. Sin poder pretender un exhaustivo estudio penal, procuraremos sin embargo hacernos eco de los pronunciamientos exponentes sobre la materia, a nivel doctrinal y jurisprudencial, para combinarlos con la que puede ser nuestra mayor aportación, las constantes incisiones que parten de la sede administrativa y que tienen en ella su respuesta, para poder, después, integrar e interpretar con mayor exactitud los delitos de los artículos 319 y 320 del Código Penal que, como sabemos, son normas penales incompletas.

Se ofrecerá un mayor detalle del delito tipificado en el art. 319 pero, igualmente, se procurarán las reflexiones oportunas sobre el art.320 del Texto Penal.

I. CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO

I.1. Los condicionantes de la intervención del derecho sobre el urbanismo. La necesidad de tipificación de estas conductas.

Es necesario, para entender los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, referirnos en primer lugar a los condicionantes que provocan la intervención del derecho sobre el urbanismo¹.

Desde esta perspectiva nos encontramos con:

- La concepción de la facultad de edificar como contenido natural y propio del derecho de propiedad².
- Las dificultades para acometer de forma plena el ejercicio de la disciplina urbanística.
- El contexto económico y social en que se han construido muchas viviendas, que ha provocado un incremento de su demanda en suelo rural, a partir sobre todo de fines de los años ochenta, facilitada por el incremento de la movilidad y por su menor carestía, en el marco del “boom urbanístico”.
- La existencia de legislación ‘motorizada’, el urbanismo no escapa a esta tendencia universal al aumento de la densidad normativa.
- Que la fuente de recursos financieros que presenta el urbanismo llegue a comprometer la propia competencia municipal de policía urbanística.

¹ Así se refiere QUINTERO OLIVARES a las causas, entre otras, de la corrupción urbanística en QUINTERO OLIVARES, G., “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, JM. (coord.), Urbanismo y Corrupción Política (Una visión penal, civil y administrativa), ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2013.

² Se sigue concibiendo su propiedad como hicieran los romanos usque ad sidera et usque ad inferos; La propiedad romana se extendía desde lo más profundo de la tierra hasta el cielo.

- La presión política del sector de la construcción, en especial la presencia -en ocasiones manipuladora- de los agentes urbanísticos.
- Los sectores de la población dedicados a las actividades profesionales relacionadas con la construcción.
- La presencia de personas con intereses “particulares” ocupando cargos políticos relacionados con la materia urbanística; el uso electoral de la variabilidad del orden urbanístico;
- Las promesas de legalización de promociones urbanísticas ilegales³ etc.

En el Diario de la Sesión de 6 de junio de 1995 del Congreso de los Diputados se calificó de disparatado el desarrollo de nuestras ciudades, poniéndose de manifiesto la ineficacia demostrada por parte de la Administración para contener los graves abusos urbanísticos⁴.

QUINTERO OLIVARES⁵ reflexiona que “estamos envueltos en una crisis económica entre cuyas causas destaca la crisis del sector de la construcción, y en paralelo al hundimiento, al menos temporal, de esa actividad, se denuncia el mar de cemento que ha cubierto las costas y otros parajes de España, causando daños irreversibles. Tanto desastre se liga, a su vez, a los abusos sistemáticos cometidos en la más escandalosa impunidad o tolerancia, gracias, en muchas ocasiones, a la corrupta, o por lo menos, desviada conducta de los responsables de velar por el orden urbanístico.”

La corrupción y los delitos infringidos sobre la ordenación territorial y urbanística no generan una reacción de repulsa inmediata en la sociedad “como la violación o el asesinato”.

La legislación urbanística española, pese a caracterizarse en el conjunto de la Unión europea, por ser bastante garantista respecto del bien jurídico que protege, no consigue un uso racional del suelo. Todo lo contrario, el recurso natural es objeto de prácticas abusivas.

La corrupción y los ilícitos urbanísticos colman el territorio.

Las advertencias de la Unión Europea al Estado español⁶ llegan en este sentido mediante una Resolución del Parlamento Europeo de 21 de junio de 2007 y un Informe de la misma Institución de 20 de febrero de 2009, éste último referido a las urbanizaciones extensivas.

³ O llevado a término según QUINTERO OLIVARES, G., “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”, cit., a la “promesa de prevaricar, o cuando menos, utilizar la capacidad reglamentaria municipal para premiar al ilegal, a cambio de su voto, con desprecio de los que se ajustaron a la legalidad urbanística.”

⁴ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSE ANTONIO, “La protección penal del territorio y el urbanismo”; ed. Bosch 2015 pp.22,23.

⁵ QUINTERO OLIVARES, G., “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local” cit. pp.22 y ss.

⁶ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSE ANTONIO, “La protección penal del territorio y el urbanismo” cit, p.67

Junto a los condicionantes anteriormente citados se encuentra, en la otra “cara de la moneda” ocupando el papel predominante, la protección del ‘suelo’ en dos vertientes; la puramente medioambiental, como recurso natural limitado, y la propiamente legislativa, como trasunto de una normativa que persigue su uso racional.

El propio TC en su Sentencia 102/1995 ya especificó que dentro de los recursos naturales se incluía al conjunto cuyo soporte físico es el suelo y el subsuelo que puede ser visto y regulado desde distintas perspectivas como la ecología, la hidrología, la minería, la urbanística...

La manera en que los recursos naturales aparecen entrelazados y menoscabados ante un mismo ilícito urbanístico pone de manifiesto su mayor necesidad de protección. Sirva para ilustrarnos el estudio llevado a cabo por DIEZ RIPOLLÉS, JL., GÓMEZ-CÉSPEDES, ALEJANDRA., AGUILAR CONDE- ARACELI en el que se describe con acierto el principal problema creado con la puesta en marcha del proyecto⁷ urbanístico Los Merinos Norte: “Si el proyecto se lleva a término tendrá, sin duda, consecuencias muy relevantes en muy diferentes ámbitos. Por escoger sólo uno que ha ido ganando paulatinamente protagonismo, queda por ver si este proyecto sitúa a España a la cabeza de los países con mayor huella hídrica a nivel mundial, o si por el contrario, la cara positiva de la recesión económica sirve para revertir el duodécimo puesto que actualmente ocupamos en esta clasificación⁸.”

Ante dicho marco, resulta en la actualidad evidente que la previsión penal sobre los ilícitos está más que justificada habida cuenta del ingente recurso a los tipos penales.

Tal y como se recoge en la Memoria 2014 (Ejercicio 2013) de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Andalucía “es la aplicación del derecho penal, según la experiencia, la que ha dado lugar a evitar un efecto llamada en lo que a construir ilegalmente se refiere, pues ha pesado en la mente del ciudadano el temor a una denuncia penal, pero siempre que la condena penal lleve aparejada la demolición con carácter obligatorio.”

No obstante existen detractores de esta penalización, que consideran excesivamente prolija la ya existente normativa administrativa y además encuentran en el texto penal

⁷ DIEZ RIPOLLÉS, JL., GÓMEZ-CÉSPEDES, ALEJANDRA., AGUILAR CONDE- ARACELI Los Merinos norte. Fenomenología de un macroproyecto urbanístico, ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011p. 15 de la obra cit. sobre Informe Planeta Vivo 2008, elaborado por WWF (World Widkife Fund), ZSL (Zoological Society of London) y GFN (Global Footprint Network).

⁸ La importancia de los recursos hídricos para el planificador ha sido siempre indiscutible. El 8 de julio de 2014 el Tribunal Supremo daba un paso más en su salvaguarda. Su obtención y la viabilidad de su aprovechamiento han de ser posibles no sólo material sino también jurídicamente para poder disponer de ellos en la ordenación territorial y urbanística “El informe de la Confederación Hidrográfica ha de versar sobre el aprovechamiento y disponibilidad de los recursos hídricos, y esa disponibilidad no puede verse circunscrita a la mera existencia física del recurso, sino también a su disponibilidad jurídica, pues, cuando se trata de verificar si existe o no los tan necesarios recursos hídricos para el desarrollo urbanístico pretendido, de nada sirve constatar que los mismos existen si luego resulta que no es jurídicamente viable su obtención y aprovechamiento para el fin propuesto.”

delitos como el de estafa, la malversación, la prevaricación, etc, con los que podían hacerse frente a los ilícitos.

MARTÍN VALDIVIA⁹ justifica que “los medios –administrativos- son más que suficientes y la seguridad y precisión de sus instrumentos, conforme se deriva de los textos normativos puestos a disposición de la Administración, ofrecen una amplitud, sistemática y concreción más que suficiente”.

No es menos cierto que una de las notas más características de estos delitos, desde su perspectiva social referida al sujeto activo, es que se trata de personas que no presentan un perfil necesitado de “resocialización¹⁰” entendida en su sentido clásico, sino que por el contrario, estos nuevos delincuentes de cuello blanco necesitan “resocializarse” en la pobreza, en los salarios de la generalidad de la ciudadanía.

Efectivamente, y sin poder negar ninguna de las afirmaciones anteriores consideramos desde nuestra experiencia que la “presencia del derecho penal” cuanto menos paraliza las actuaciones infractoras a corto plazo. No obstante, de la misma manera presumimos que dicha presencia, si no llega a hacerse efectiva, termina provocando efectos doblemente negativos a medio y largo plazo, esto es, genera en el infractor sensación de impunidad y en la comunidad desconfianza sobre su efectividad.

I.2. Normativa. El principio de intervención mínima

2.1. Normativa

El art. 2 del TRLS dispone que “las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible”.¹¹

El principio de desarrollo sostenible quedaba definido en el Informe Brundtland (1987) como “Aquel que satisface las necesidades presentes sin poner en peligro la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades”.

El medio ambiente se tutelaba penalmente por vez primera con la promulgación de la LO 8/1983 de 25 de junio de Reforma Urgente y Parcial del CP que introducía el artículo

⁹ MARTÍN VALDIVIA, S.Mª., “De cómo el Derecho Penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, JM. (coord.), Urbanismo y Corrupción Política (Una visión penal, civil y administrativa”, cit., pp.25 y ss.

¹⁰ Art. 25 CE.

¹¹ La misma Exposición de Motivos de la ley 42/2007 de 13 de diciembre del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad así lo establece: “La gestión de recursos naturales debe realizarse para satisfacer las necesidades de las generaciones presentes y futuras.”

347 bis y se convertía en el centro de las críticas de las normas penales en blanco insuficientes. Sin embargo, su constitucionalidad quedó aclarada con la STC 127 de 5 de julio de 1990 que afirmaba que la norma reunía los requisitos de *lex previa, certa y scripta*.

El Código Penal, aprobado mediante Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, dedica su Título XVI, Capítulo I, arts. 319 y 320 a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, dando así cobertura a los intereses supraindividuales o colectivos que se desprenden de los principios rectores de la política social y económica, en concreto, artículos 45, 46 y 47 de la Constitución española.

El recurso a la vía penal se abrió paso entonces como la opción idónea para frenar las vulneraciones al bien jurídico “suelo” a la vez que respondían al clamor popular que proclamaba la lucha frente a la corrupción urbanística.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, modificó en profundidad parte del articulado del texto punitivo. Así, la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica 5/2010 ya especificaba la inclusión del “urbanismo como objeto de tutela”. Además, ampliaba el ámbito de la acción típica, de las penas, otorgaba una nueva redacción al apartado tercero del art. 319, añadía la condena al decomiso de las ganancias que provengan de estos tipos de delitos, incrementaba la pena de prisión en los delitos de prevaricación urbanística y tipificaba la conducta omisiva de los servicios de inspección. Finalmente, incluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la inclusión de un nuevo art. 31 bis.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal da una nueva redacción al apartado tercero del art. 319 al disponer que los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas¹².

¹² La redacción actual de los artículos es la siguiente:

TÍTULO XVI de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente.

CAPÍTULO I

De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo

Artículo 319.

1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2.2. El principio de intervención mínima

Al margen del debate existente sobre la necesaria inclusión de estos delitos en el Texto punitivo, lo cierto es que una vez que el legislador decide en 1995 incorporarlos al CP, al aplicador del derecho no le queda más opción que su observancia.

2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.

3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

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

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

Artículo 320.

1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia.

Existen, a su vez, una serie de disposiciones comunes, Capítulo V del citado Título XVI, aplicables a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente.

Artículo 338.

Cuando las conductas definidas en este Título afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas.

Artículo 339.

Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título.

Artículo 340.

Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas.

Desde el nacimiento de estos delitos, quizás por la inicial falta de confianza sobre su solvencia, por la carencia de una perspectiva que modulase su aplicación o por la falta de educación en los valores que protege, el recurso al principio de intervención mínima ha sido recurrente para evitar su enjuiciamiento penal o, en otros casos, para llevar a efecto sus últimas consecuencias previstas. En este sentido, la cuestión ha sido reconducida por los Tribunales hasta llegar a concluir que *“(...) una vez que el legislador, por la mayor entidad del hecho, ha dispuesto que el hecho ha de ser contemplado como infracción penal y no como un ilícito administrativo, es el proceso penal el que, con arreglo a las normas penales, ha de dar la respuesta, y ello tanto en lo que se refiere a la pena como a las demás consecuencias del delito, sin que el órgano de la jurisdicción penal competente pueda eludir sus obligaciones en esta materia difiriendo parte de la reacción jurídica a un futuro expediente administrativo que no se sabe con qué bases podría iniciarse.”* Sentencia de 30 de junio de 2010 de la Sección Tercera de la AP de Sevilla, reiterada por el el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de junio de 2012.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

II.1. Introducción

El concepto de bien jurídico cumple una función instrumental, en cuanto permite clasificar los diversos delitos de manera compartimentada. Cumple también una función interpretativa, en cuanto posibilita delimitar las claves para interpretar los diversos preceptos a la luz del valor a tutelar. El bien jurídico cumple además una función político – criminal.

Tras la inclusión de estos delitos en el CP de 1995, la reforma operada por la LO de 2010 no varía su estructura, si bien, introduce cambios que afectan incluso a su rúbrica. Se protege la ordenación del territorio y el urbanismo. Con la reforma de 2015 se innova el apartado tercero del art. 319 pero no se altera la esencia del delito ni su bien jurídico protegido como aconteciera en 2010.

II.2. La Ordenación del Territorio y el Urbanismo en la Constitución española

La competencia descrita en el art. 148.1.3^a del Texto constitucional¹³ resulta de vital importancia por cuanto la norma penal en blanco¹⁴ que nos ocupa, incompleta, recurrirá frecuentemente a normativa autonómica para llenar su contenido.

¹³ El propio Estatuto de Autonomía andaluz, redacción dada por la LO 2/2007, de 19 de marzo, recoge en su art. 56.3 in fine la competencia exclusiva que corresponde a la Comunidad Autónoma en materia de disciplina urbanística.

Así, sobre el art. 148.3 CE y sobre el propio Estatuto de Autonomía para Andalucía, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, contempla el marco jurídico propio de la Comunidad en materia urbanística.

¹⁴ En apartados sucesivos nos ocuparemos de la cuestión de la admisibilidad y alcance de este tipo de norma penal “en blanco”.

De otro lado, también en la Carta Magna –y no obstante desprovisto del correspondiente procedimiento declarativo preferente y sumario con que se protege a los derechos fundamentales debido a su ubicación dentro de los “Principios Rectores de la Política Social y Económica”- se configuran:

- Como un derecho-deber, el medio ambiente en su art. 45.
- En el art. 46, el patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran.
- En el art. 47, el derecho de todos los españoles a una vivienda digna y adecuada.

La ordenación territorial y la urbanística viene concebida desde la Ley del Suelo de 1956 como función pública. En este sentido se pronuncian taxativamente tanto el art. 4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana a nivel nacional como, en nuestra Comunidad Autónoma, la Exposición de Motivos de la Ley de Ordenación del Territorio 1/1992, y el art. 2 de la Ley de Ordenación Urbanística 7/2002.

De otra parte, los derechos de propiedad del suelo, reconocidos por nuestro Ordenamiento jurídico, han de ser ejercidos en perfecta concordancia con la función social que la Constitución española asigna a tal propiedad.¹⁵ Así, para establecer un correcto equilibrio entre el derecho que asiste a cada propietario en la explotación económica de sus bienes y los deberes que derivan precisamente de estos derechos, es necesario establecer un marco relacional claro¹⁶; el ejercicio individualizado de derecho de propiedad y el interés general han de sintonizarse en atención a las plusvalías y la equidistribución.

En su Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, el TC definió el derecho de propiedad como un haz de facultades individuales sobre las cosas y como un conjunto de deberes y obligaciones establecido de acuerdo con las leyes, en atención a los valores o intereses de la colectividad, es decir, la finalidad o utilidad que cada categoría de objeto de dominio,

¹⁵ Artículo 33 Constitución española “1 Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2 La función social de estos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes. 3 Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes.”

Artículo 348 Código Civil “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes.”

Artículo 350 Código Civil (CC) “El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y pueda hacer en él las obras plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las Leyes sobre Minas y Aguas y en los Reglamentos de policía.”

¹⁶ Así se expresa en la Exposición de .Motivos (EM). L7/2002, de 17 de diciembre.

está llamada a cumplir. Es por esto que la propia función social del derecho de propiedad sea el que limite la voluntad del propietario de construir donde y como quiera¹⁷.

Tal y como expone MARTIN REBOLLO¹⁸ el contenido implícito al derecho de propiedad se traduce *ab initio* exclusivamente en el aprovechamiento ganadero, agrícola, resultado; cuando intervienen los poderes públicos a través de los instrumentos urbanísticos sobre el territorio, se añaden patrimonios artificiales (plusvalías) de manera que resultan:

- De un lado, que parte de estas plusvalías deben revertir a la colectividad que las ha hecho posibles. Así resulta cuando en ejecución de un plan urbanístico los propietarios ceden gratuitamente el terreno para viales, espacios libres....
- De otro, que esta carga que suponen las plusvalías y aquellos beneficios no deben pivotar azarosamente sobre los patrimonios de los afectados sino que han de distribuirse entre ellos -equidistribución- de manera que los que resulten más beneficiados compensen a los más perjudicados.

Por su parte, el art. 45.2 CE parte de que la solidaridad colectiva servirá de apoyo a los poderes públicos cuando hayan de velar por la salvaguarda de los recursos naturales.

Y esta solidaridad puede ser entendida desde la perspectiva antes descrita desde el momento en que el planificador ejerce sus funciones. Así, el art. 47 CE añade que “La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.”

II.3. El respeto a la jerarquía normativa: Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Urbanismo

Los artículos 9.3 CE, 1.1 CC, el art. 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas disponen que carecen de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. Lo que en urbanismo implica el sometimiento:

- En primer lugar a las normas constitucionales y legales, sin olvidar la normativa comunitaria (tanto la originaria contenida en los Tratados, como la derivada Reglamentos, Directivas, Decisiones, especialmente relevante en materia ambiental.
- Después a las normas reglamentarias, entre las que se incluyen los planes urbanísticos, que a su vez están jerarquizados:

¹⁷ RODRIGUEZ RAMOS en MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSE ANTONIO, “La protección penal del territorio y el urbanismo” cit, p.85.

¹⁸ MARTIN REBOLLO, L; Comentario a las Leyes Administrativas, ed. Aranzadi, Madrid, 2012, p. 2319.

- Primero los planes medioambientales (Planes de Ordenación de los Recursos Naturales y Planes Rectores de Uso y Gestión).
- En segundo lugar, los territoriales (Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, Plan del Corredor Litoral, Planes Especiales de Protección del Medio Físico, Planes Subregionales...).
- Y, finalmente, dentro de los urbanísticos, los planes especiales ajustados a los generales.

Y si bien la anterior jerarquía puede considerarse pacífica, no se trata, no obstante, de una regla inexpugnable. El Tribunal Supremo¹⁹ en relación con el art. 5.2 de la Ley 4/1989 (actualmente 18.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre LPNB) considera que los instrumentos de ordenación urbanística pueden realizar una preservación medioambiental más extensa que la realizada por los PORN y considerar como suelo no urbanizable de especial protección terrenos que previamente habían sido considerados como aptos para urbanizar y así se hubiera recogido por el PORN.

De este modo, a través de instrumentos de ordenación urbanística, podrían preservarse determinados suelos, de forma temporal o definitiva de un desarrollo urbanístico o de un modelo de desarrollo que, sin embargo, el PORN no había excluido, sin que por ello se vulnera lo establecido en el art. 5.2 de la Ley 4/1989.

En definitiva, la pirámide normativa tiene en su cúspide la normativa medioambiental, en su grado medio la territorial, y sometida a las dos anteriores la urbanística.

Todo lo anterior ha de entenderse conjugado con la normativa comunitaria, la estatal (art. 149 CE), la autonómica (en desarrollo del art. 148CE) y, finalmente la local.

II.4. La delimitación penal del bien jurídico

En los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo se protege un interés colectivo, lo que no impide la acción pública, tradicional en nuestro derecho, y hoy con vinculación internacional.

ACALE SÁNCHEZ expone que en cualquier caso los tipos penales en esta sede –y por ende sus bienes jurídicamente protegidos- deben ser interpretados en clave de ofensividad²⁰.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2014.

²⁰ ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal”, ed. Bosch, Barcelona 2011, p. 25 y p. 229.

Asimismo manifiesta que el artículo 47 de la CE, antes expuesto, hace referencia al suelo al igual que en los arts. 45 y 46 si bien no forzosamente como recurso natural a proteger sino como la necesidad de destinar una clase de suelo a unos concretos fines, reservando otro del proceso urbanizador.

El art. 3.4 in fine del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, dispone que “El suelo vinculado a un uso residencial por la ordenación territorial y urbanística está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos que disponga la legislación en la materia.”

Otra parte del sector doctrinal, no obstante, se sostiene que con estos delitos se persigue el efectivo cumplimiento de la normativa administrativa territorial y urbanística, esto es, sostienen que el bien jurídico es la propia normativa.

De otro lado, en opinión de RODRÍGUEZ RAMOS la clave se encuentra en los intereses que salvaguarda la propia ordenación territorial. De ahí que sea la calidad del hábitat, la posibilidad de participar en las plusvalías que genera la acción urbanística en forma de espacios libres, instalaciones, servicios, etc., el acento del bien jurídico protegido²¹.

La línea seguida por los pronunciamientos de la mayor parte de las Audiencias Provinciales es la de estimar el bien jurídico protegido la ordenación del territorio. A la luz del texto constitucional se persigue la utilización racional del suelo, la conservación de los recursos naturales, la calidad de vida del hábitat humano. Y éste debe ser el bien tutelado.

Desde su consideración como delitos que protegen intereses difusos, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de junio de 2012 describe 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: *“De ahí que la STS 363/2006 precise que el epígrafe del capítulo, en el que se contiene el delito que analizamos, identifica el bien jurídico protegido por el mismo: la ordenación del territorio, pero no exclusivamente la “normativa” sobre 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 que se contraen básicamente al castigo de las edificaciones sin licencia en el art. 319 y a la prevaricación administrativa, en el art. 320, 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*

²¹ RODRIGUEZ RAMOS en MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSE ANTONIO, “La protección penal del territorio y el urbanismo” cit, p.77.

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. Se trata así de un bien jurídico comunitario de los denominados “intereses difusos”, pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica - en mayor o menor medida - a toda una colectividad. Su protección - entiende la doctrina más autorizada- se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos y que obedece a la exigencia de la intervención de los Poderes públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social democrático de derecho que consagra nuestra Constitución.”

A nuestro juicio, desde el punto de vista teórico, el legislador es consecuente, en la redacción penal –y lo es desde la rúbrica de estos delitos- con la jerarquía, no sólo normativa sino de bienes jurídicos que el Ordenamiento decide preservar.

Un ordenamiento que da primacía al medio ambiente pese a su carácter transversal; que somete a ella la ordenación del territorio; y finalmente, en el respeto a las dos anteriores y en el marco diseñado por las mismas, aparecen las normas urbanísticas.

En este sentido se pronuncia GÓRRIZ ROYO²², ambos bienes jurídicos serían el mismo de tal forma que la ordenación del territorio es más amplia, y en consecuencia acoge el urbanismo que es la vertiente para algunos llamada descendente, que penalmente se protege.

III. EL TIPO BÁSICO DEL ART. 319.2 CP

III.1. Sujetos

1.1. Sujeto activo

Los Tribunales consideraron este tipo de delito en sus inicios como delitos especiales, pues únicamente podían ser cometidos por promotores, constructores, que se dedicaran profesionalmente a la actividad de la construcción. No obstante, desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2001 se cambió el criterio de las Audiencias Provinciales al considerar que sujeto activo de los delitos del 319 CP podía serlo también cualquiera que se dedicase a la promoción y construcción.

Este eco se observa en muchos pronunciamientos, y podemos citar, entre otras muchas, la Sentencia de 24 de septiembre de 2014 del Juzgado de lo Penal número 2 de Almería que describe: *“De una primera lectura del proceso penal, y al llevar éste consigo como pena accesoria la de inhabilitación especial para profesión u oficio, podrá pensarse que sólo los profesionales de la construcción pueden ser sujetos del mismo. Por tanto hemos de definir*

²² En MORILLAS CUEVA, L., “Los delitos urbanísticos, una valoración entre dogmática y político criminal”, en Urbanismo y Corrupción Política cit.p. 217.

en primer término qué se entiende como promotor, y hemos de buscar en primer lugar si existe alguna norma que defina al promotor. En concreto, así lo hace el Real Decreto de 24 de octubre de 1997 en el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras, que en su art. 2.1.c) define al promotor como “cualquier persona física o jurídica por cuenta del cual se realizó una obra.” No obstante hemos de tener en consideración la tesis mantenida al respecto por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería que los delitos contemplados en el artículo 319 del Código Penal pertenecen a la categoría de infracciones penales propias (...) La anterior tesis empieza a estar superada tras la Sentencia 26/06/01 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”.

Y esta citada Sentencia del Supremo viene a recoger lo siguiente:

- Tanto el proyectista como los directores precisan estar en posesión de la correspondiente titulación académica y profesional habilitante.
- Será considerado promotor cual persona física o jurídica, pública o privada que individual o colectivamente, decide, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación.
- Constructor, quien asume contractualmente con el promotor el compromiso de ejecutar con medios propios o ajenos las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato. Deberá tener la titulación o capacitación profesional que le habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como tal.

BENÍTEZ ORTÚZAR²³ añade que debe considerarse atípica la conducta del trabajador asalariado “como la del trabajador autónomo que es subcontratado por el constructor principal, es decir por quien asume frente al promotor la obligación de realizar y entregarle la edificación”, y se apoya para tal argumento en Sentencias como la de la Audiencia Provincial de Cáceres de 2009.²⁴

1.2. Sujeto pasivo

Dado que se trata de delitos que protegen un interés difuso, será la colectividad la afectada por los ilícitos urbanísticos. En último extremo, su hábitat, y en consecuencia, su calidad de vida.

Autores como SANCHEZ ROBERT indican que, además, sujeto pasivo es la propia Administración, que ve menoscabada la propia normativa protectora del urbanismo.²⁵

²³ BENÍTEZ ORTÚZAR. I.F., “El sujeto activo en los delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo”, en Urbanismo y Corrupción Política, cit. p.271.

²⁴ Así mismo ACALE SÁNCHEZ, M., Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo” cit., p. 206.

²⁵ SÁNCHEZ ROBERT, MARIA JOSÉ, “El delito urbanístico.

A mayor abundamiento y tal y como resuelve MUÑOZ CONDE, al ser la función del suelo de interés general, hay que pensar que el sujeto pasivo es la población, que a resultas del ilícito, se ve privada del disfrute del hábitat. Por tanto, sujeto pasivo de estos delitos son todos los ciudadanos, la colectividad entendida como los habitantes de un hábitat físico determinado²⁶.

III.2. Tipo objetivo

2.1. Delitos cometidos sobre suelo no urbanizable

El art. 13 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana dispone que en el suelo en situación rural las facultades del derecho de propiedad incluyen las de usar, disfrutar y disponer de los terrenos de conformidad con su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales.

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

Con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, podrán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social, que contribuyan a la ordenación y el desarrollo rurales, o que hayan de emplazarse en el medio rural.

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

En virtud de lo anterior, existe derecho a edificar en suelo no urbanizable en el marco de las limitaciones legales y conforme al propio destino del suelo obteniendo para ello las autorizaciones oportunas. Nos parece muy acertada la precisión que realiza MARTÍNEZ RODRÍGUEZ: “Estas construcciones que se pretendan ejecutar en suelo rural serán exclusivamente las necesarias y afectarán a la actividad de la explotación agrícola, forestal, ganadera y cinegética, así como también las viviendas o habitaciones de trabajadores que presten sus servicios

²⁶ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “Derecho Penal”, citado en MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSE ANTONIO, “La protección penal del territorio y el urbanismo” cit. p.153.

en la actividad económica. Los Ayuntamientos o en su caso la Administración competente, deberán comprobar y velar que este derecho de edificar y las construcciones que se vayan a ejecutar en suelo rural, estén destinadas a la explotación del suelo según su destino. Se ha señalado -GONZÁLEZ PÉREZ- que no basta una explotación encubierta, ficticia, como a veces ocurre, tanto a estos efectos como a los del impuesto sobre el incremento del valor del terreno, así como que la propia edificación o instalación sea necesaria a la explotación, no pudiéndose ejecutar otras construcciones que las que tengan como destino explotaciones que guarden relación con la naturaleza y destino de la finca. Según el Tribunal Supremo²⁷, deberá denegarse la autorización cuando aun existiendo explotación agropecuaria, no se acredita la vinculación de la construcción a la misma.²⁸

Sobre esta última reflexión nos permitimos realizar un breve excursus:

El concepto de “explotación agrícola” se encuentra definido en el artículo 2.2 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias, como “el conjunto de bienes y derechos organizado empresarialmente por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, primordialmente con fines de mercado, y que constituye en sí misma una unidad técnico-económica”. Por otra parte, en el artículo 2.1 se define “actividad agraria” como “el conjunto de trabajos que se requiere para la obtención de productos agrícolas, ganaderos y forestales”. Además, en el artículo 23.1 de la referida Ley se definen las “unidades mínimas de cultivo” como “la superficie suficiente que debe tener una finca rústica para que las labores fundamentales de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción, pueda llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio teniendo en cuenta las características de la agricultura en la comarca o zona”.

En el artículo 23.2 se establece que serán las Comunidades Autónomas las encargadas de determinar las unidades mínimas de cultivo en secano y en regadío para los distintos municipios de su ámbito territorial.

En Andalucía, las unidades mínimas de cultivo se establecieron por Resolución de 4 de Noviembre de 1996 de la Dirección General de Desarrollo Territorial y Actuaciones Estructurales.

Así, para las viviendas unifamiliares aisladas, y siempre pensando en el contexto y literal del art. 52 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, hay que tener en cuenta la Sentencia de fecha 13 de diciembre de 2010 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº3 de Málaga que deslinda perfectamente y exige “*explotación agraria*” y no simple “*actividad agraria*” para dar por cumplido el requisito del respeto a los “*fines agrícolas*” del terreno. Asimismo, la Sentencia citada exige dedicación profesional del interesado, “*ha de existir un*

²⁷ STS de 14 de marzo de 2000.

²⁸ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSE ANTONIO, “La protección penal del territorio y el urbanismo”; ed. Bosch 2015, pp.108 y 109.

mínimo de organización empresarial” y una “rentabilidad económica viable”. Destacamos, por último de la mencionada Sentencia, la siguiente afirmación: “(...) es indispensable ofrecer informes cabales que permitan suponer que la actividad agraria a realizar presenta indicios de seriedad, que no se trata simplemente de plantar unos árboles(...)”.

Por otra parte, en diversas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se establece la rentabilidad económica de la explotación y la necesidad de mano de obra para la misma como requisitos para justificar desde el punto de vista objetivo la necesidad de una vivienda. Además, desde el punto de vista subjetivo las Sentencias exponen la exigencia de acreditar la dedicación profesional del promotor a la agricultura y que no dispone de otra vivienda cercana que le permita hacer las labores correspondientes. Asimismo, se establece que la vivienda proyectada debe tener unas características tipológicas adecuadas para ser considerada parte integrante de la explotación agrícola.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia en Andalucía con sede en Málaga de fecha 31 de octubre de 2011 asevera que *“no basta para considerar esa vinculación ni con la apreciación apriorística de las características del suelo ni de la vivienda así como tampoco cabe presumirla. Es preciso, como indica el citado precepto, que se justifique, indudablemente, en el curso del expediente administrativo, pues debe ser ese trámite previo a la licencia.(...) La LOUA no prohíbe de manera absoluta la edificación en suelo no urbanizable, la limita en aras a preservar dicho suelo del desarrollo urbano para lo cual se atiende al destino utilidad de la misma”* y colige que las obras e instalaciones precisas para la explotación agrícola, ganadera, forestal, cinegética o análoga se caracterizan por la nota de “necesariedad”. En el mismo sentido, y entre muchas otras, las Sentencias del TSJA, Sala de Málaga: de 18 de enero 2013 (recurso de apelación nº 120/2013), de 25 noviembre 2013 (recurso de apelación nº334/2012), de 25 abril 2014 (recurso de apelación nº 11/2012) , o la Sentencia de 29 mayo de 2015 (recurso de apelación nº 623/2012); de 14 de octubre de 2015, entre otras.

2.2. Conducta típica

Primero. Llevar a cabo.

La conducta típica del art. 319.2 es esencialmente activa. En esta sede recogemos la aportación de la doctrina mayoritaria que caracteriza al delito como de mera actividad. Sin embargo, desde el punto de vista de afección al bien jurídico hay que considerar que los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo son de resultado²⁹.

Por lo demás nótese la amplitud de la fórmula gramatical empleada “llevar a cabo”. Ello faculta que los Jueces y Tribunales interpreten su contenido:

²⁹ ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo” cit., p. 212.

- Respecto de los proyectistas como de los técnicos directores, llevar a cabo supondrá actuar en el ejercicio de sus funciones.
- Respecto del promotor, que decida, impulse, programe o financie, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación.
- Respecto del constructor, que asuma contractualmente con el promotor el compromiso de ejecutar con medios propios o ajenos las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato.

Segundo. Obras de urbanización, construcción o edificación.

a) Ampliación del tipo a raíz de la reforma operada por la LO 5/2010.

Considerando la doctrina que las obras de urbanización ya podían integrarse en el concepto de construcción³⁰, es claro, no obstante, que en detrimento del rigor específico en la redacción del tipo penal tras la modificación operada por la LO5/2010 se consigue, no obstante, mayor precisión en el elemento normativo.

Recordemos, y no es reflexión baladí, que la anterior redacción del art. 319 hablaba en un caso de edificación y en otro de construcción obligando a establecer delimitaciones jurisprudenciales que se acercaran a dotar de contenido ambos conceptos.

NÚÑEZ SÁNCHEZ señalaba³¹ una serie de caracteres para configurar el concepto de construcción, a saber, permanencia, entidad constructiva y su potencialidad en la transformación del terreno así como, finalmente, que las resultas del delito fuera un elemento físico de una obra conforme a técnicas de ingeniería, arquitectura o albañilería.

Los conceptos, construcción y edificación, tienen una relación de género a especie, si bien la equiparación entre los dos apartados de las conductas típicas elimina las diferencias entre el 319.1 y el 319.2, siendo el tipo suelo el único elemento diferenciador.

La Sección Tercera de la AP de Sevilla, en su Sentencia de 30 de junio de 2010, meses antes de la nueva redacción del tipo penal, apuntaba con claridad que edificación y construcción no responden a la misma realidad: *“El Código Penal parece establecer una distinción entre “construcción”, que es la palabra que se utiliza para describir el objeto de la acción tipificada en el apartado 1 del artículo 319 y “edificación”, que es el objeto de la acción en el apartado*

³⁰ ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo” cit., p. 215. En contra autores como ESCRIBUELA CHUMILLA que equipara el término obras de urbanización a la definición estricta que para actuaciones de urbanización da el art. 7 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

³¹ Tal reflexión la recuerda MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Objeto material y conducta típica en los delitos contenidos en el art. 319 CP”, en Urbanismo y Corrupción Política. Cit., p. 301.

2 del mismo artículo. El Tribunal Supremo en sentencias como la de 29 de noviembre de 2006 entiende por “construcción”, la que produce por la obra del hombre y con el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados, una sustancial modificación con vocación de permanencia de la configuración original de zona geográfica afectada, y resalta la significativa diferencia terminológica utilizada por el legislador, que emplea el vocablo “construcción” como acción típica en el epígrafe 1º del precepto, y “edificación” en el 2º (...) entendiendo por edificación toda obra de fábrica construida para habitación o usos análogos, bien para servir de morada permanente o albergue transitorio, bien lo sea para otros fines”.

Operada la ampliación del tipo en el caso del art. 319.2 CP, se ha dotado de uniformidad al delito.

DIAZ MANZANERA³², de acuerdo con la jurisprudencia existente, fijaba igualmente las características que a su juicio tenía que reunir una edificación para ser tenida en cuenta a efectos penales:

1. Que sea una obra de nueva planta, no una reposición, ni una rehabilitación salvo en aquellos casos en que se altere la configuración arquitectónica del edificio³³.
2. Que se destine a habitación o reunión de personas.
3. Que tenga una entidad suficiente para atentar contra el bien jurídico.
4. Que sea una obra permanente o fija al suelo, no movable ni desmontable fácilmente.

De otro lado, la conducta típica puede quedar referida a las actuaciones de urbanización; que incluyen, de conformidad con lo descrito en el art. 7.1.a)1) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, las de nueva urbanización. Suponen el paso de un ámbito de suelo en situación rural a la de urbanizado, para crear, junto con las correspondientes infraestructuras y dotaciones públicas, una o más parcelas aptas para la edificación o uso independiente y conectadas funcionalmente con la red de los servicios exigidos por la ordenación territorial y urbanística.

b) Excurso: referencia a las casas prefabricadas, de madera o desmontables.

Existe numerosa jurisprudencia, tanto contencioso-administrativa como penal, que se pronuncia en el sentido de la instalación de viviendas desmontables con vocación de permanencia en el tiempo; lo que resuelve la necesidad de la previa obtención de licencia, o en su caso,

³² Tal reflexión la recuerda MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Objeto material y conducta típica en los delitos contenidos en el art. 319 CP”, en Urbanismo y Corrupción Política. Cit., p. 307.

³³ En este sentido a nuestro particular juicio tomaríamos en consideración el aumento de volumen, la entidad edificatoria, etc. a que hace referencia el art. 17 del Decreto 60/2020, de 16 de marzo para fijar con seguridad la linde del argumento expuesto.

hace apreciar la comisión del delito contra la ordenación del territorio y urbanismo. Es, en suma, la consideración finalista, la que prevalece sobre la concreta técnica constructiva utilizada a la hora de calificar una edificación como inmueble; unido de forma permanente al suelo. Es coherente con tal posición el que la jurisprudencia dominante considere que toda estructura habitacional requiere licencia con independencia del sistema de fijación³⁴.

En la misma sintonía, y en sede penal, las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 14 de febrero de 2005 o de la Audiencia Provincial de Jaén, de 5 de octubre de 2005 consideran que son 'edificaciones' *"las casas prefabricadas móviles de 30 m² sobre una solera de hormigón de 28 m² y con fosa séptica, todo lo cual la convierten en una "edificación permanente fija y estable"*. En el mismo sentido, las Sentencias de 4 de febrero y 23 diciembre 2010 de la Audiencia Provincial de Córdoba, que afirman que se comete el delito -del 319.2- mediante la instalación de casas prefabricadas en la medida en que pueden servir de habitación con todos los servicios a una o varias personas; o la más reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 junio 2013, referente a la construcción de una casa prefabricada destinada a domicilio habitual sin tener autorización y en suelo no urbanizable de especial protección³⁵; o el Tribunal Supremo, en STS 29 Noviembre 2006, que entiende por construcción toda la que se produce por obra del hombre que provoca una modificación con vocación de permanencia.

El propio legislador, tanto estatal (art. 11 Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana) como autonómico (art. 8 Decreto 60/2010, de 16 de marzo), señalan la necesaria sujeción a licencia de las casas prefabricadas o instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes. Siendo además éste uno de los supuestos en los que el legislador estatal³⁶ considera en todo caso necesaria la respuesta expresa, con silencio administrativo negativo, de los actos que autoricen.

2.3. No autorizable

Primero. El concepto no autorizable.

Ya mantuvimos que el suelo no urbanizable no puede tener un destino diferente al agrícola, al ganadero, cinegético, y en general, a aquel desvinculado de sus propios recursos naturales. Sin embargo también dijimos que lo anterior no exime de la posibilidad de

³⁴ STSJ de la Comunidad Valenciana 764/1996, STSJ Cataluña 721/1997 (fijación mediante pernos) o la STSJ de Canarias 15/2002, que predica la exigencia de licencia de una estructura resulta fijada "de forma permanente al pavimento de la terraza" por medio de tornillos.

³⁵ La casa podría haber sido autorizada incluso al tiempo de su construcción, es decir podría ser autorizable lo que excluye su punibilidad.

³⁶ Art. 11.4 Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre

edificar siempre y cuando se respete la anterior vinculación descrita, y se obtengan las pertinentes autorizaciones, bien porque exista vinculación al medio rural bien porque se trate de una actuación de interés público; así como que las excepciones observen todas las prescripciones de fondo y forma igualmente descritas en la legislación urbanística.

En este sentido, y tras la reforma operada en el año 2010 se tiene que no toda obra que carezca de licencia está directamente abocada al ilícito del 319 del CP. Si las obras no resultan contrarias a la ordenación territorial y urbanística y pueden resultar autorizables mediante su legalización, quedarían excluidas del tipo del CP.

En este sentido se pronuncia, QUERALT JIMÉNEZ, cuando describe la conducta “no autorizable” como aquella en la que aún edificando sin licencia u otro título legal, se excluiría el delito si la edificación pudiera ser autorizada de haberse seguido el procedimiento urbanístico³⁷.

MUÑOZ CONDE va más allá, al eliminar también del tipo los casos en que, si bien existe autorización, la construcción excede de sus determinaciones, siempre que dicho exceso sea susceptible de ser legalizada³⁸.

Se concluye, además, por el Tribunal Supremo que la referida “legalización” debe ser actual, esto es, *“No puede extenderse esa última excepción a tan futuras como inciertas modificaciones que ni siquiera dependerán competencialmente en exclusiva de la autoridad municipal; pues de acceder a ello no solo se consagrarían todas las negativas consecuencias sino que incluso se consumaría un nuevo atentado a la colectividad beneficiándose los infractores en el futuro de servicios de saneamiento y otros de carácter público que les habrían de ser prestados, en detrimento de quienes adquirieron el suelo a precio de urbano, con repercusión de tales servicios y acometieron la construcción con los oportunos proyectos y licencias, amén de que la eficacia de las normas no puede quedar indefinidamente al albor de posibles cambios futuros de criterio - lo que llevado a sus últimas consecuencias, obligaría a suspender la mayoría de las sentencias, ante la posibilidad o el riesgo de que el legislador modifique los tipos correspondientes o incluso despenalice la conducta.”*³⁹

A nuestro juicio éste es un elemento fundamental y que ofrecemos aplicarlo como reflexión tanto para el delito del art. 319 como para el previsto en el art. 320.

El Derecho Urbanístico puede resultar una materia compleja; más aún si se ejecutan actuaciones en fraude de ley que procuran, además de un resultado ajeno a la norma, tergiversar

³⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Derecho Penal español. Parte especial”, Barcelona, 2010, p. 1092.

³⁸ MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial”, Valencia, 2010, p. 572.

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2012.

y confundir en el procedimiento establecido. Ante este planteamiento, sembrada la duda aparece la impunidad.

Si en un proceso penal, que se celebra transcurrido un tiempo desde la comisión del ilícito, se centra la litis en que “ahora” la edificación puede regularizarse, se generan dudas no sólo respecto del fondo del procedimiento en cuestión, sino sobre la necesidad de este tipo de delitos. El procedimiento pierde fuerza y no son pocos los supuestos, aún en la actualidad y pese a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en que los Tribunales que acuden al principio de intervención mínima para no entrar a enjuiciar casos que pivotan sobre edificaciones que, a beneficio del constante cambio de la legislación administrativa, “a día de hoy” podrían regularizarse.

Ahora bien, nótese que en todo momento nos referimos a “regularizar” la edificación pero nunca a “legalizarla”. Esto es, el delito existe. Se cometió. Y se ha menoscabado el bien jurídico protegido que el legislador, desde 1995, consideró lo suficientemente relevante como para incluirlo en el Código Penal y ofrecerle protección. Otra cosa será que en sede de ejecución de sentencia puedan plantearse cuantos incidentes de ejecución consideren las partes. Pero existirá una Sentencia condenatoria, y se debatirán entonces otros extremos, los propios de la ejecución.

Segundo. Obras con licencias nulas de pleno derecho.

De otro lado hemos de cuestionarnos los casos en que las obras están amparadas en una licencia nula de pleno derecho a la luz de art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La doctrina⁴⁰ diferencia los casos en que:

- Existe conocimiento de la nulidad; abarcando a su vez los supuestos en que el propio autor proporciona datos falsos sin los cuales no hubiera obtenido la autorización; y, los supuestos en que el promotor, constructor o técnico director acuerdan con la autoridad o funcionario público la obtención de licencia que no reúne los requisitos legalmente exigibles (apareciendo en este caso además delito de prevaricación o cohecho).
- No existe conocimiento de la nulidad, de manera que el error de tipo excluiría la responsabilidad penal.

De conformidad con el art. 47. 1.d) Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: (...) d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

⁴⁰ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSE ANTONIO, “La protección penal del territorio y el urbanismo” cit. p.171

A su vez, el art. 55 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana dispone que serán nulos de pleno derecho los actos administrativos de intervención que se dicten con infracción de la ordenación de las zonas verdes o espacios libres previstos en los instrumentos de ordenación urbanística. Mientras las obras estén en curso de ejecución, se procederá a la suspensión de los efectos del acto administrativo legitimador y a la adopción de las demás medidas que procedan. Si las obras estuvieren terminadas, se procederá a su revisión de oficio por los trámites previstos en la legislación de procedimiento administrativo común⁴¹.

Tercero. Obras que no se ajustan a la licencia.

No son infrecuentes los casos en que las obras realizadas se exceden respecto de lo realmente autorizado. La pregunta entonces es si existe delito y en qué medida.

⁴¹ A éste último respecto consideramos necesario realizar un breve excurso relativo al requerimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho en materia de urbanismo. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2010 señala que "(...) el legislador ha excluido en este tipo de conflictos -entre Administraciones Públicas- los recursos administrativos pero no la solicitud de revisión de oficio, como podía haber hecho de forma expresa. A mayor abundamiento, el propio legislador ha excluido -en el art. 102.2 PRJPA- la posibilidad de que los particulares puedan instar la revisión de oficio de las disposiciones administrativas, estando solo para ello legitimadas las Administraciones Públicas, considerando solo, a los particulares, legitimados para instar la revisión de los actos administrativos. (...) Por ello, la Administración autonómica está legitimada en los dos apartados del art. 102 (actos administrativos y disposiciones generales) y puede instar como interesada, de las Administraciones que integren la Administración Local, el inicio del procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos y -con exclusividad- de las disposiciones generales." En el mismo sentido de la Sentencia dictada en el recurso de casación en interés de ley, la STS de 24 de marzo de 2011, de 11 de abril de 2013; y en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se pronuncian las Sentencias de 26 de noviembre de 2010, de 10 de octubre de 2011

Por cuanto nos ocupa, es el artículo 190 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, el que manifiesta que cualquier acto administrativo cuyo contenido constituya o habilite de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves definidas en la Ley, deberá ser objeto de de revisión por el órgano competente, lo que a su vez deviene en la aplicación del artículo 106 de la Ley 39/2016, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, precepto este, regulador del procedimiento revisorío administrativo de actos nulos de pleno derecho, cuyo apartado primero dispone que "las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1"

Cabe señalar que esta revisión de oficio se configura como una potestad debida, pues así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo en Sentencias como la de 1 de febrero del año 2000 o el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Sevilla, cuando en su Sentencia 13933/2010 de 26 de Noviembre de 2000, incide en la propia terminología utilizada por la LOUA (art. 190) cuando determina "(...) las licencias urbanísticas y las órdenes de ejecución, así como cualquier otro acto administrativo previsto en esta Ley, cuyo contenido constituya o habilite de manera manifiesta alguna de las de las infracciones urbanística graves o muy graves definidas en esta Ley, deberán ser objeto de revisión por el órgano competente, de conformidad con lo establecido en la legislación reguladora del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común"; esto es, de conformidad con los preceptos 106 a 111 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

El mismo argumento que utilizamos al analizar el carácter de no autorizable es que el nos sirve ahora para determinar que si el exceso puede ser legalizado, la conducta no tendrá relevancia penal.

Caso distinto será aquél en el que lo ilícito no pueda ser legalizado y, además, se produzca una efectiva afección al bien jurídico.

Cuarto. Norma penal en blanco

En los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo existen dos cuestiones principales que integran el supuesto de hecho que precisan ser completadas por la normativa administrativa. Se trata de saber cuándo el suelo es no urbanizable y si las obras son o no autorizables.

Comencemos recordando que, al igual que mencionamos respecto del antiguo delito ecológico (347 bis introducido CP 1983), el TC mediante auto 395/2004 de 19 de octubre corrobora que *“ha de señalarse que 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 (STC 120/1998, de 15 de junio) (...) En ese sentido, el tipo penal cuestionado también está dando cumplimiento al canon constitucional sobre las normas penales en blanco, ya que se ajusta a los postulados constitucionales de la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas Leyes penales en blanco, dado que se cumplen los requisitos de que el reenvío normativo esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y sea satisfecha la exigencia de certeza, esto es, se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada como delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada (por todas, STC 120/1998, de 15 de junio, F. 5), todo lo cual el art. 319.2 CP observa cumplidamente.”*

En virtud de lo anterior el Tribunal reitera la doctrina contenida en la STC 127/1990 que declaró que *“es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco»*, añadiendo que se deben cumplir los siguientes requisitos: *“que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o , como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”*.

Se cuestionaba la doctrina si el órgano judicial penal puede acudir a normativa de cada Comunidad Autónoma como complemento de la ley penal. De otro lado también se discutía sobre la desigual integración del tipo. Parte del sector doctrinal alertaba del riesgo

del diferente tratamiento penal en función del lugar de comisión del delito debido a la normativa (complementaria) aplicable; cuestión que afectaría directamente a los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley.

Así, de un lado, el respeto a la propia distribución competencial (recuérdese que el art. 148.1.3 atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia en materia de ordenación del territorio) legitima el recurso a la normativa emanada de cada poder legislativo autonómico. De otra parte, y si bien las Comunidades Autónomas deben actuar en el marco de la legislación básica estatal, no puede constituir un obstáculo a la propia naturaleza de las Autonomías que la ausencia de un criterio uniforme provoque desigualdad.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 120/1998 de 15 junio, a este respecto declara: *“Para dar una respuesta adecuada a esta cuestión, es menester partir de que nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado una estructura compuesta, en la que están llamadas a coexistir la legislación estatal y la legislación autonómica. La función que corresponde al Estado de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 149.1.1.ª CE), no puede ser entendida de tal manera que vacíe de contenido las competencias que las Comunidades Autónomas asuman al amparo del art. 148 de la Constitución y de sus propios Estatutos de Autonomía, que han de ser respetadas en sus propios términos (SSTC 194/1994, fundamento jurídico 4.º; 43/1996, fundamento jurídico 2.º, y 61/1997, fundamentos jurídicos 7.º, 8.º y 9.º). A partir de esta premisa, es posible que sea diferente la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional (SSTC 37/1981, fundamento jurídico 2º, y 46/1991, fundamento jurídico 2.º). Ahora bien, la ausencia de una monolítica uniformidad jurídica no infringe necesariamente los arts. 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.ª de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino que, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales (SSTC 37/1987, fundamento jurídico 10, y 43/1996, fundamento jurídico 2.º). De estas consideraciones se desprende que el órgano judicial puede seleccionar como complemento válido de la ley penal las normas de las Comunidades Autónomas dictadas en el marco de sus respectivas competencias. En tal caso será preciso que dichas normas autonómicas se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el art. 25.1 de la CE y que no «introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio».*

En conclusión, 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.

De otro lado se ha discutido a cerca de la oportunidad de la remisión a normativa de rango legal o reglamentario siendo que el CP es aprobado con las garantías propias de las leyes orgánicas.

En este sentido TERRADILLOS BASOCO al estudiar el ilícito ecológico⁴² expone acertadamente que el reenvío a normas de rango inferior no tiene por qué suponer merma del principio de legalidad en la medida en que la configuración de los tipos penales en blanco es más adecuada para conseguir una mayor precisión en la definición del ilícito.

La citada STC120/1998 de 15 junio afirma a tal respecto que *“el complemento de una norma penal en blanco no tiene por qué ser de naturaleza penal o sancionadora ni alcanzar la calidad de Ley Orgánica. La Constitución ni impone ni prohíbe que el complemento extrapenal de una ley punitiva en blanco haya de estar previsto por una disposición que tenga el rango de ley orgánica. Se trata de una decisión que normalmente, salvo que venga impuesta por la Constitución en virtud de otros motivos, queda en manos del legislador. Según declaramos en la STC 118/1992, no existe una reserva de ley orgánica para el complemento de las leyes penales en blanco. Reiteradamente hemos señalado, además, que la reserva de ley que rige para las disposiciones penales no excluye la posibilidad de que éstas contengan remisiones a los Reglamentos administrativos (SSTC 127/1990, 111/1993, 62/1994, 102/1994 y 24/1996).”*

Por todo y cuanto hasta el momento hemos afirmado, es innegable la viabilidad del recurso a la normativa legal o reglamentaria autonómica en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo para integrar el contenido del ilícito. Ello conduce a algunos autores a introducir una nueva cuestión al observar los cambios normativos urbanísticos que inducen a la legalización de la conducta que al momento de su comisión era incriminatoria. En su virtud, apuestan por la retroactividad de las disposiciones penales que favorecen al reo de conformidad con lo dispuesto en el art. 2.2 CP. No obstante lo anterior, la Audiencia Provincial de Sevilla en su Sentencia 234/2007 de 25 mayo afirma que *“cuando el legislador introduce en el art. 319.2 la mención de que la edificación ilegal ha de ser “no autorizable” no se está refiriendo a la eventualidad de que en un futuro, más o menos incierto, pudiera modificarse la legalidad urbanística. Esta interpretación conduciría al absurdo, puesto que en el terreno de las hipótesis de trabajo toda calificación, incluso la declaración de especial protección es susceptible de modificación por decisión del legislador o de la administración competente en materia urbanística, por lo que este elemento del tipo ha de referirse necesariamente a la ilegalidad de la edificación en el momento en que se realiza, de modo que no basta que se haya levantado sin licencia y que se haya hecho en suelo no urbanizable, sino que es necesario que, además, sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento y que, por ello, no hubiera sido posible su autorización. Esto conduce a penalizar únicamente la ilegalidad urbanística de fondo, reservando para el ámbito de las infracciones administrativas la ilegalidad meramente formal de la falta de licencia.”*

⁴² TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, “El ilícito ecológico, sanción penal -sanción administrativa”, ed Trotta, Madrid, 1992, p.91

A mayor abundamiento, el art. 7 CP dispone que a los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar.

En este sentido, nos parece oportuno reiterar que el cambio en la normativa urbanística que provoque que la conducta que era típica a efectos penales ahora resulte regularizable, tendría efectos en sede de ejecución penal.

2.4. Elementos subjetivos

El delito que nos ocupa cabe únicamente en su modalidad dolosa. La conducta habrá de contener, por tanto, el elemento intelectual, que abarcaría todos los elementos objetivos del tipo, a saber, el conocimiento de la naturaleza y el valor del suelo sobre el que se lleva a cabo la obra, su afección, la carencia de licencia necesaria para su ejecución, que no sería legalizable. Asimismo, la conducta dolosa implica la concurrencia del elemento volitivo, la querencia, pese al conocimiento anterior, de llevar a cabo la conducta ilícita.

En los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo se contempla el dolo directo⁴³ de los sujetos activos; en palabras de ACALE SÁNCHEZ atendiendo al elemento volitivo del dolo, la conducta típica del art. 319 CP será cometida mayoritariamente con dolo de segundo grado⁴⁴.

Además se añade por la doctrina que en los delitos del art. 319 el dolo eventual aparece cuando el sujeto activo lleva a cabo la conducta típica asumiendo la probabilidad que con su comportamiento se alteren las cualidades del suelo en el que se han ejecutado las obras y efectivamente se produzca daño al bien jurídico protegido⁴⁵.

La citada autora especifica que junto al dolo, el delito urbanístico, no exige ningún requisito especial. Ello no significa que no ha de tenerse en consideración como un elemento subjetivo especial distinto al dolo, el ánimo de lucro del autor⁴⁶.

⁴³ Se distinguen tres clases de dolo; dolo directo de primer grado o intención en sentido estricto, en que el sujeto busca el hecho típico; dolo directo de segundo grado en que no se busca el hecho típico pero se sabe seguro que sera consecuencia de la acción querida; dolo eventual, que supone querer la conducta asumiendo que es probable que ocasione el hecho típico.

⁴⁴ Se da cuando se produce un resultado no querido directamente pero que es consecuencia necesaria y está inevitablemente unido al resultado que se pretende conseguir a diferencia del dolo de primer grado, que existe cuando la realización de la conducta (y el resultado en los delitos materiales) es el fin que el sujeto se proponía alcanzar.; produciéndose una completa correspondencia entre lo que el sujeto activo quería y el suceso externo que ha tenido lugar.

⁴⁵ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSE ANTONIO, "La protección penal del territorio y el urbanismo" cit. p.191.

⁴⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., "Los nuevos delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo" cit., p.243

2.5. Causa de atipicidad. El error de tipo

Es la falta de la conciencia de los elementos del tipo penal, ya sea por error o ignorancia. El error de tipo se presenta bajo dos formas: a) Invencible. b) Vencible. En los dos casos se elimina el dolo, pero en el segundo de los supuestos deja subsistente la imprudencia, siempre y cuando se encuentre inculpatado el tipo culposo, extremo que no se verifica en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 15 de octubre de 2012 pone de manifiesto que *“la necesidad de licencia urbanística para efectuar obras o la ilicitud de construir sin licencia y en suelo no urbanizable forma parte ya del acervo de conocimientos comunes, por lo que no cabe alegar genéricamente su desconocimiento. Además debe decirse que la esperanza en una futura legalización, por el pago de tasas o impuestos, no puede equipararse en absoluto a un error sobre la ilicitud de lo que se estaba realizando.”*

III.3. Antijuricidad⁴⁷

La antijuridicidad supone que la conducta que se ha realizado está prohibida por el Ordenamiento Jurídico. Por su parte, las causas de justificación son elementos negativos del delito excluyentes de la antijuridicidad de la acción típica.

3.1. Estado de necesidad

Esta exclusión de la antijuridicidad opera desde el art. 20.5 CP cuando señala que actúa en estado de necesidad quien para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber.

El análisis de ACALE SÁNCHEZ nos resulta muy ilustrativo para traer a colación en esta sede⁴⁸.

Desde el estudio de la aplicación en Italia de este estado de necesidad, se construyen los siguientes requisitos para que pueda operar como eximente al sujeto que construye de forma no autorizada en suelo no urbanizable (común o de especial protección):

1. Que se encuentre en estado de necesidad de manera que la construcción responda a la finalidad de vivir.

⁴⁷ Se le define como aquel desvalor que posee un hecho típico que es contrario a las normas del Derecho en general.

⁴⁸ ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo” cit., pp. 244 y ss.

2. Ha de concurrir el elemento subjetivo de la causa de justificación: impulsado por evitar un mal propio o ajeno.
3. El mal que amenaza ha de ser grave y actual, agotándose de manera previa todos los recursos propios y familiares (si bien a juicio de la autora agotar este requisito podría suponer un atentado contra la dignidad personal)
4. El mal no se hubiera podido evitar con la comisión de otro menor (con menos pena).

3.2. Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

Artículo 20. 7 CP. Están exentos de responsabilidad criminal: El que obre (...) en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Es interesante en este punto la reflexión de MARTÍNEZ RODRÍGUEZ⁴⁹ que adelanta la dificultad de la justificación del ejercicio legítimo de un derecho en este tipo de delitos, en la medida que quien pretenda la ejecución de las obras en suelo no urbanizable debe obtener la previa licencia urbanística. Si no es concedida, no tiene derecho a ejecución de obra alguna. En este mismo sentido, señala el citado autor haciéndose eco de las reflexiones de GÓRRIZ ROYO que, siendo la licencia un acto reglado de la Administración competente, el solicitante no puede, so pretexto de reunir todos los requisitos, ejecutar la obra sin la correspondiente autorización, por cuanto en este caso corresponderían el recurso en vía administrativa y en vía contenciosa de la resolución denegatoria de licencia pero nunca la ejecución de las obras sin título habilitante.

3.3. Cumplimiento de un deber

Artículo 20. 7 CP Están exentos de responsabilidad criminal: El que obre en cumplimiento de un deber.

Como justificación de la actuación delictiva, invocar el cumplimiento de un deber es harto complicado en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo por cuanto -cita la doctrina⁵⁰- el operario que conociendo la ilicitud de la obra se abstiene de ejecutar la misma desobedeciendo el mandato de su superior, provoca que su acción sea atípica. De lo contrario, a juicio de la doctrina podría convertirse en cooperador necesario.

⁴⁹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSE ANTONIO, "La protección penal del territorio y el urbanismo"cit. p.199.

⁵⁰ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSE ANTONIO, "La protección penal del territorio y el urbanismo"cit. p.201.

III.4. Culpabilidad

4.1. El error de prohibición

A diferencia del error de tipo que es aquel que recae sobre los elementos que integran el tipo objetivo, es decir, sobre alguno de los elementos necesarios para que un comportamiento sea penalmente relevante -para que pueda subsumirse en alguna infracción penal (y afecta al dolo) por lo que su estudio se produce en la tipicidad, en concreto, en el tipo subjetivo-, en el error de prohibición se afecta a la conciencia de antijuridicidad y se estudia en la sede que nos ocupa de culpabilidad.

Si el error de prohibición es invencible, el artículo 14.3 CP lo declara exento de responsabilidad penal. Por el contrario, si el error de prohibición es vencible, el artículo 14.3 CP establece que la pena a imponer al sujeto será la inferior en uno o dos grados a la prevista en el tipo.

En este sentido, en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo no juega el error un papel a tener en cuenta por cuanto como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre 2006, *“la construcción de un error de prohibición en un mundo tan intercomunicado y permeable a la información como el que vivimos, ofrece más dificultades que en otras épocas. No deja de ser una concepción teóricamente impecable pero de complicado ajuste a la realidad, hoy día el desconocimiento absoluto de la antijuridicidad de un hecho de esta naturaleza es de acreditación en el caso concreto. Existe práctica unanimidad en considerar que no se puede construir el error de prohibición sobre la base que el sujeto no conoce, de forma pormenorizada y con detalles técnicos, la normativa que está infringiendo.”*

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 15 de octubre de 2012 pone de manifiesto que *“para los profesionales, técnicos o constructores o promotores profesionales, el error será mucho menos admisible, que para el promotor o particular; tampoco cabe que pueda confundirse con la situación de duda o creencia, que se pudiera haber generado por las manifestaciones del promotor en cuanto a la legalidad de la construcción, pues esta no es incompatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la ilicitud del hecho y decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa respecto de la tipicidad subjetiva.”*

En este sentido la jurisprudencia ha apostado por una línea argumental que, salvo casos extremos en los que se haya verificado de otra parte la comisión de un delito de estafa, ha servido para ir reprimiendo estas conductas ilícitas.

4.2. Excurso: La eficacia de la falta de publicación de la normativa territorial o urbanística aplicable. Comunidad Autónoma de Andalucía

Se plantea un problema al aplicador del derecho cuando se alega por los particulares que la falta de publicación de la normativa urbanística provoca la ineficacia de las normas aplicables con la consiguiente repercusión penal de tal declaración, esto es, procurando eliminar la responsabilidad penal aludiendo a la falta de culpabilidad.

La Constitución Española de 1978 consagra entre los principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico el principio de publicidad de las normas (art. 9.3), entre ellas, obviamente, las de naturaleza reglamentaria – entre las que se encuentran, según la jurisprudencia y la doctrina de manera absolutamente pacífica, las normas constituyentes del planeamiento urbanístico.

El precepto constitucional no exige estrictamente la publicación de la norma urbanística en algún periódico oficial, sino su publicidad; no obstante, entendía ya un sector doctrinal que las exigencias derivadas del mandato constitucional aconsejaban un reforzamiento de la publicidad del contenido plan, y no sólo del su acto aprobatorio.

Las exigencias derivadas de la interpretación constitucional y la crítica doctrinal motivaron que la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local dedicara uno de sus preceptos, el artículo 70.2, al tema que nos ocupa. Ese precepto establecía, en su redacción originaria, que “(...) las Ordenanzas, incluidas las normas de los Planes urbanísticos, se publican en el Boletín Oficial de la provincia y no entran en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.2.”.

Sin embargo, esa regulación innovadora suscitó pronto dudas interpretativas, especialmente en cuanto a su ámbito de aplicación (contenido del Plan que debe publicarse).

El art. 131 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 no contribuyó a esclarecer la cuestión⁵¹.

Nuevamente, las dudas interpretativas motivaron la modificación del artículo 70.2 LBRL para mejorar su redacción, lo que tuvo lugar por Ley 39/1994, de 30 de diciembre. La nueva redacción impone la obligación de publicar en el “Boletín Oficial” de la provincia a las normas urbanísticas y ordenanzas contenidas en los instrumentos de planeamiento. El precepto consagra así la obligación de publicar el articulado de las normas urbanísticas⁵².

Nada nuevo aportará respecto al TR 1992, la Ley 1/1997 de 18 de junio por el cual se adoptan con carácter urgente y transitorio disposiciones en materia de Régimen de Suelo y Ordenación Urbana, tras la declaración de aquél.

⁵¹ Pues dispuso al respecto que “Los Planes, Normas Complementarias y Subsidiarias, Programas de Actuación Urbanística, Estudios de Detalle, Proyectos y Catálogos serán inmediatamente ejecutivos una vez publicada su aprobación definitiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 124” . Y este último, bajo el epígrafe, precisamente, de “Publicación”, dispuso, a su vez, en su apartado 1, que “los acuerdos de aprobación definitiva de todos los instrumentos de planeamiento se publicarán en el Boletín Oficial correspondiente”; estableciendo en su apartado tercero que “respecto a las normas urbanísticas y ordenanzas en ellos contenidas se estará a lo dispuesto en la legislación aplicable”.

⁵² Aunque no se diga expresamente, se excluye de dicha publicación la planimetría de los Planes Urbanísticos, pues hasta la redacción actual el tema había originado muchas dudas y dificultades técnicas a la hora de publicar en el formato A-4 del BOP la totalidad de planos que integran un PGOU o NNSS.

Por su parte, la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, establece en su artículo 41 que los acuerdos de aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento que correspondan a la Administración de la Comunidad Autónoma, así como el contenido del articulado de sus normas, se publican en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía por disposición del órgano que los haya adoptado, añadiendo respecto a los instrumentos de planeamiento cuya aprobación corresponda a los municipios que resulta de aplicación lo establecido en la legislación de régimen local.

Por último, el art. 25 del RDL 7/2015, de 30 de octubre, a propósito de la publicidad y eficacia de la gestión pública urbanística mantiene que los acuerdos de aprobación definitiva de todos los instrumentos de ordenación territorial y urbanística se publicarán en el BOP correspondiente; remitiendo a lo dispuesto en la legislación vigente respecto a las normas y ordenanzas contenidas en tales instrumentos, sin establecer, por tanto, novedades relevantes en la materia.

Esta evolución legislativa ha tenido, asimismo, su reflejo jurisprudencial, pues al analizar las Sentencias que el Tribunal Supremo ha dictado en la última década al respecto de la publicidad de los planes urbanísticos se comprueba que en la práctica totalidad, partiendo de la distinción básica entre eficacia y validez de la norma jurídica, exige la publicación del texto íntegro de la norma como requisito de eficacia, que no de validez, del Plan.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe reseñarse que en aras de garantizar el principio de publicidad de las normas urbanísticas el legislador urbanístico como ya se ha expuesto, previó desde antaño hasta la actualidad, una serie de mecanismos complementarios encaminados a facilitar el público conocimiento de la norma por la generalidad a la que va dirigida. Y, en este sentido, merecen una especial reseña, tanto la cédula urbanística y la previsión de que el contenido íntegro de los planes (incluyendo planos y demás contenido de tipo técnico), se encuentran en las dependencias municipales a disposición de cualquier ciudadano que quiera consultarlo, como la existencia de un expediente de licencia urbanística, que implica el efectivo conocimiento de la norma urbanística tanto respecto del Ayuntamiento competente para su otorgamiento como del solicitante y destinatario de la misma, quien puede acceder a los informes técnicos y jurídicos emitidos y a quien se debe notificar la Resolución otorgando o denegando la licencia.

Por tanto, sin perjuicio de lo expuesto jurisprudencialmente, a propósito de la validez y eficacia de la norma urbanística, existen una serie de circunstancias concretas que habrán de valorarse, en rigor, a la hora de determinar, en cada caso, el grado de desconocimiento por la generalidad del régimen y circunstancias a las que está sujeta una finca, una parcela o solar.

Lo que resulta de mayor trascendencia para resolver los problemas prácticos que puede plantear la publicación incompleta de las normas urbanísticas, y a la hora de enjuiciar el grado de adecuación de una conducta a la legalidad urbanística, es que en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español (art. 1 CC), la Ley ocupa un lugar predominante, y en el caso que nos ocupa, debe tenerse en cuenta la totalidad de la normativa territorial y urbanística aplicable al caso.

Y, en este sentido, existen las llamadas «normas de aplicación directa» en materia de urbanismo, normas que constituyen un mecanismo que tradicionalmente se ha utilizado en la legislación urbanística española por el que se dota de un contenido mínimo y se fija el estatuto jurídico de la propiedad en las diferentes clases de suelo. Junto al cometido de suplir la posible ausencia (o, en su caso, ineficacia) de planeamiento, estas normas cumplen también una función de aplicación de carácter directo y prevalente sobre ordenación recogida en el Plan, en su caso⁵³.

Para concluir, es necesario hacer referencia a la importante Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, número 443/2013 de 22 mayo, que, recogiendo todo lo que hemos expuesto sobre el alcance de la falta de publicación íntegra de las normas urbanística, y a propósito de la eficacia directa de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, señala que en su Fundamento Jurídico II que “en definitiva, la promulgación de la Ley 7/2002, 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, ha determinado la existencia de un concepto material de suelo no urbanizable que no puede quedar al arbitrio

⁵³ Caso de cuestionarse la eficacia de un determinado instrumento de planeamiento urbanístico derivada de la falta de publicación íntegra de su contenido normativo, debe tenerse presente la directa aplicación de la Ley 1/1994, de Ordenación del Territorio de Andalucía (LOTA), la Ley 7/2002, de 17 de diciembre (LOUA), y demás normas sectoriales de directa aplicación (Ley de Aguas, de Protección del Medio Ambiente, de Patrimonio Cultural...)

Y en nuestra Comunidad Autónoma, la DT1ª de la Ley 7/2002, dispuso expresamente que “ desde la entrada en vigor de esta Ley serán de aplicación íntegra, inmediata y directa, cualquiera que sea el instrumento de planeamiento que esté en vigor... los títulos II, III; VI y VII de esta Ley...”DT7ª de la LOUA en relación con su artículo 45, de forma que si los terrenos no forman parte de un núcleo de población existente ni son susceptibles de incorporarse a él en ejecución de planeamiento, ni estaban dotados en ejecución de un plan de servicios urbanísticos de acceso rodado por vía urbana, abastecimiento de agua, saneamiento y suministro eléctrico, a la entrada en vigor de la LOUA, se clasificarían como suelo no urbanizable, sin que la transformación que pudiera operar al margen de la Ley altere tal consideración de suelo no urbanizable (Sentencia 622/2001, de 22 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Granada, Sección 2ª, STS de 6 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4051) , reiterando la línea marcada por la Sentencia de 11 de julio de 1989 (RJ 1989, 5739) , la cual mantiene que los servicios adquiridos por la vía de hecho no imponen la clasificación de los terrenos como suelo urbano).

Y la Disposición Transitoria segunda refuerza la directa aplicación de la LOUA, en cuanto señala que en la interpretación y aplicación de todos los Planes se estará a las siguientes reglas:

- a) Las que fueren contradictorias con los preceptos de esta ley de inmediata y directa aplicación serán inaplicables.
- b) Todas las restantes se aplicarán de conformidad con esta Ley. Específicamente, tratándose de suelo no urbanizable el estatuto jurídico-urbanístico de esta clase de suelo resultara de la directa aplicación los artículos 50, 52 y 57 de la LOUA, lo que implica la aplicación del restrictivo régimen que la LOUA y el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 establecen para este tipo de suelo, recurso natural, escaso y no renovable que debe ser preservado de los actos y usos del hombre contrarios a su naturaleza agraria, y, especialmente, del proceso de transformación urbanística. Dicho régimen presenta especiales limitaciones, además, en el caso de contar con alguna especial protección territorial, urbanística o por legislación específica, lo que tendrá lugar, entre otros casos, cuando así lo establezca un instrumento de planeamiento de ámbito subregional, la legislación ambiental, esté afecto por una vía pecuaria, etc.

de normas de inferior rango que contradigan lo que, con carácter general, ha de tener aplicación en todo el territorio de la comunidad andaluza. De ahí que, ya sea por razón de la vigencia de las Normas Subsidiarias cuya íntegra publicación se pone en entredicho, ya por aplicación de cualquier otro instrumento de planificación urbanística previgente a aquéllas, lo cierto es que tras la entrada en vigor de la Ley 7/2002, el terreno forestal sobre el que el acusado construyó las edificaciones, nunca pudo haber sido calificado como terreno urbanizable”

III.5. Iter criminis

5.1. Delito permanente

En la concepción de los delitos urbanísticos como de mera actividad desde su estructura típica, se considera por la doctrina que el ejercicio de consumación de estos delitos abarca desde que se inicia hasta que se termina la construcción. Se configuran pues, como delitos de carácter permanente. En este sentido, y entre otras muchas se citan a continuación (diferenciando aquí el resto de estudio sobre esta cuestión al apartado de la Prescripción⁵⁴): El Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª); Sentencia de 29 noviembre. “Se trata en definitiva de un delito permanente, con lo que en todo caso el cómputo de la obra conjunta o única se iniciará cuando acabe con su consumación”; o bien, la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 3ª); Sentencia de 12 marzo. “Se alega por la defensa como primer motivo del recurso la posibilidad de la prescripción del delito, esto nos conduce a analizar el momento de consumación, y así podemos señalar que este delito no es instantáneo sino permanente o de tracto sucesivo: la consumación se extiende durante todo el tiempo en que continúen realizándose los actos constitutivos del delito (construcción o edificación)”. Las Audiencias Provinciales en Sentencia de 30 de enero de 2006 señalaron que estamos ante un delito permanente en el que lo importante es verificar el estado de las cosas en el momento mismo de la perpetración, o al menos en el más próximo posible a la consumación. La STS de 29 de noviembre de 2006, que confirma las anteriores, insiste en que estamos ante un delito permanente, por lo que su consumación se producirá cuando finalice la obra conjunta, iniciándose a partir de ese momento el plazo de prescripción del delito. También la Audiencia Provincial de Madrid

⁵⁴ Adelantamos ya que, si bien la legislación nacional no hace referencia a este extremo, en un afán de dotar de autonomía los elementos integrantes del tipo penal, no puede obviarse que estamos ante leyes penales incompletas (lo contrario podría hacer, además, que el legislador nacional, aunque penal, se extralimitase de las competencias que tiene reconocidas al vulnerar aquellas previstas en la Constitución española para las CCAA, art. 148.1.3ªCe.)

Por ello, y en la concepción de normas penales incompletas, cada legislación autonómica establece este momento de terminación de las obras, extremo que será analizado, a la luz de la normativa andaluza y como hemos anunciado, en el epígrafe relativo a la prescripción de estos delitos.

(Sección 15ª); Sentencia de 13 febrero, “El artículo 319.1 presenta un significado restringido de la edificación y se refiere más bien a la construcción de vivienda destinada al uso y disfrute humano. La construcción y la edificación se inician cuando se ponen los cimientos, muros..., siempre que sean obras de cierta permanencia y de carácter fijo; circunstancias que sí se dan en el presupuesto fáctico de la resolución impugnada. El mencionado tipo penal es un delito de naturaleza permanente, de ahí que el ilícito penal exista desde que se comienza la obra y se mantiene durante toda la construcción.”

Al tratarse de delitos permanentes como expone la jurisprudencia y la doctrina, se evita privilegiar al autor que puede ver prescrito el delito incluso antes de acabar la construcción.

5.2. Tentativa

Art 16 CP “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.”

En los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo la doctrina aprecia diferentes situaciones que podrían calificarse de tentativas del delito. En este sentido podemos citar el acopio de materiales de construcción, la preparación del terreno, la presentación de datos falsos o su ocultamiento para la obtención de licencia. Y entre estos supuestos, la doctrina lamenta la falta de inclusión expresa de los casos parcelatorios si bien la figura de la tentativa permitiría penalizar la conducta siempre que el autor tenga la condición de promotor, técnico – director, o constructor de las futuras parcelas.

III.6. Autoría y participación

El art. 28 CP dispone que “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.”

Los delitos que examinamos se caracterizan por ser ejecutados mediante la autoría única debido al elevado número de casos que responden al fenómeno de la autoconstrucción.

De otro lado, para hablar de coautoría se precisa acuerdo de voluntades y que las contribuciones al hecho se conjuguen en un todo orgánico.

Es interesante la reflexión de SÁNCHEZ ROBERT⁵⁵ para quien en los supuestos en los que se pueda determinar una relación horizontal al intervenir promotores, directores y

⁵⁵ SÁNCHEZ ROBERT, M.J., “El delito urbanístico. Artículo 319 del Código Penal español”, ed. Dykinson, Madrid, 2014, p. 274.

técnicos, la coautoría podría fijarse en función del acuerdo previo de voluntades a la ejecución material de los hechos del art. 319.

El art. 28 CP continúa. “También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

Las sentencias emanadas con ocasión de la aplicación del art. 319 CP, contemplan, en escasas ocasiones, la figura del autor-inductor. No ocurre así respecto del tipo del 320 del texto punitivo.

A modo de ejemplo, la doctrina⁵⁶ cita los supuestos en que el constructor amenaza a un operario con el despido de no ejecutar la obra, o bien los casos en que el promotor induce al constructor a que realice la construcción en suelo prohibido a cambio de regalarle uno de los inmuebles.

El literal b) del art. 28 se refiere a la figura del cooperador necesario; “b) También serán considerados autores: Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.”

En la cooperación necesaria el sujeto es un partícipe que “aporta” al hecho delictivo, en la fase de preparación y no en la de ejecución ya que de lo contrario se configuraría un supuesto de coautoría.

Siguiendo la misma línea doctrinal puede citarse como ejemplo de cooperación necesaria los supuestos en que un particular conviene previamente con el constructor en lotear su terreno, ejecutando los actos parcelatorios previos a las posteriores obras de urbanización y edificación⁵⁷.

Finalmente, además de la figura de la participación como contribución al hecho ajeno, hemos de citar la complicidad descrita en el art. 29 CP “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.” La línea doctrinal que seguimos en este punto propone que en los casos de trabajadores ajenos al autor del ilícito -piénsese en los electricistas, fontaneros...- pero que al prestar su trabajo contribuyen a la terminación del mismo, se configuran supuestos de complicidad.

⁵⁶ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSE ANTONIO, “La protección penal del territorio y el urbanismo”cit. p.251.

⁵⁷ Recuérdese que al hablar de la tentativa expusimos el supuesto en que el autor del acto parcelatorio tenga además la condición de promotor, constructor o técnico director. En este caso se conformaría un supuesto de tentativa de delito del 319. De no reunir la misma condición y no ejecutarse el delito, la conducta quedaría impune. En el supuesto que sin embargo ahora nos ocupa consideramos al autor de la parcelación como cooperador necesario si en él no concurren la condición de promotor, constructor o técnico director pero si finalmente termina produciéndose la afección al bien jurídico protegido por estos delitos.

Y para terminar, la comisión por omisión, en los supuestos en que el promotor que conoce el exceso de la obra respecto de lo autorizado permite dicho exceso al constructor, así como los casos en que se visa un proyecto a sabiendas de su ilegalidad⁵⁸.

IV. EL TIPO AGRAVADO DEL ART. 319.1 CP

El delito del primer párrafo del art. 319 del CP se configura como la modalidad agravada del tipo básico que acabamos de estudiar. Mantiene los mismos sujetos activos y pasivos, la misma conducta típica, el carácter no autorizable de las obras, si bien la diferencia además de la propiamente penológica estriba, a raíz de la modificación operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, en el tipo de suelo objeto del bien jurídico protegido sobre el que se llevan a cabo las obras. Así, se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

Así expuesto, el tipo legal abarca aquellos supuestos en que el reconocimiento del valor distintivo del espacio lo procura una norma con rango de Ley, un reglamento, incluso un acto administrativo. Como indica la doctrina, la interpretación del objeto material en este delito deberá ceñirse estrictamente a la realizada por el derecho administrativo, y por tanto, con los requisitos que este sector del Ordenamiento exija.

Respecto a los viales:

De un lado, las vías pecuarias. Son bienes de dominio público, art. 2 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias, por tanto inembargables, imprescriptibles e inalienables.

En Andalucía, la regulación se complementa con el Decreto 155/1998, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Vías Pecuarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que dispone que las vías pecuarias, por las características intrínsecas que les reconoce la Ley de Vías Pecuarias y el Reglamento, podrán clasificarse por el planeamiento urbanístico como suelo no urbanizable de especial protección o integrarse en el sistema general de espacios libres del municipio con la clasificación que corresponda, manteniéndose la titularidad de las mismas por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En

⁵⁸ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSE ANTONIO, "La protección penal del territorio y el urbanismo" cit. p.261, 262.

este último caso, la superficie ocupada por la vía pecuaria no computará a efectos del cálculo del estándar de espacios libres previsto en el artículo 10 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía⁵⁹.

En el territorio andaluz la longitud total de vías pecuarias existentes asciende a un total de 34.081,994 Kilómetros. Clasificadas por tipos, las vías pecuarias con mayor representación son las veredas, seguidas de cañadas, cordeles y coladas⁶⁰. El Plan de Recuperación y Ordenación de Vías Pecuarias define la Red de vías pecuarias de Andalucía⁶¹.

Se ha debatido extensamente en sede contencioso-administrativa sobre el acto de clasificación como acto declarativo de la existencia de la vía pecuaria como bien de dominio público⁶².

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de noviembre de 2011 expone: "(...) El acto de clasificación es el que determina la existencia y características físicas generales (anchura, trazado, etc.) de la vía pecuaria. Así era en el Reglamento de 1944, conforme al cual se realizó el acto de clasificación de la vía pecuaria aquí discutida (arts. 5 y 10), así continuó siendo durante la vigencia de la Ley 22/1974, de 27 de junio, de Vías Pecuarias (art. 3), y su Reglamento de desarrollo (art. 10 del RD 2876/1978, de 3 de noviembre), y así sigue siendo en la vigente Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias EDL1995/13458 (art. 7), y en la Ley 8/1998, de 15 de junio, de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid EDL1998/45111, (art. 13). El acto de clasificación es, pues, un acto declarativo de la existencia de la vía pecuaria como bien de dominio público y el acto de deslinde es, en cambio, un acto de mera ejecución del acto de clasificación y que, por ello, lo complementa.

Esta naturaleza del deslinde como acto subordinado al de clasificación y como acto de ejecución y complemento de la clasificación, se mantiene en la Ley 3/1995, que en su art. 8.1 establece que "El deslinde es el acto administrativo por el que se definen los límites de las vías pecuarias de conformidad con lo establecido en el acto de la clasificación". Por ello, el deslinde podrá impugnarse por no ajustarse a los términos del acto de clasificación, pero lo que no puede hacerse es discutir, a través de la impugnación del acto de deslinde, el acto mismo de clasificación de 30 de mayo de 1959, discutiéndose ahora, al impugnarse el deslinde, el procedimiento seguido para la clasificación y, en

⁵⁹ Art. 39 modificado por el Decreto 36/2014, de 11 de febrero, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

⁶⁰ Fuente: Estadísticas. Informe de Medio Ambiente en Andalucía 2013.

⁶¹ Y le confiere una utilidad turística y medioambiental, que va más allá de su tradicional uso ganadero.

⁶² En Andalucía acontece que a la hora de abordar los trabajos de deslinde y fijación de usos alternativos de la red de vías pecuarias, la principal dificultad está en disponer de un aparato administrativo y técnico suficiente, no sólo para la realización del deslinde, sino, lo que es especialmente importante, para el control ulterior de la superficie deslindada

concreto, si existió —en abstracto y sin referencia a situación particular alguna atinente a ninguno de los recurrentes que le hubiera impedido recurrir el acto de clasificación—, el trámite de información pública y los informes establecidos en el art. 11 del reglamento de Vías Pecuarias de 1944 (trámites todos ellos que si bien no constan en el expediente administrativo remitido, sí constan como expresamente cumplidos en la resolución aprobatoria del acto de clasificación de la vía pecuaria, de 30 de mayo de 1959, que obra en autos y en cuyos antecedentes se expone que se dio cumplimiento al trámite de información pública y que los informes municipales establecidos en el Reglamento de 1944 fueron emitidos en sentido positivo), o discutir ahora la documentación tenida en cuenta para determinar la existencia de la vía pecuaria en el acto de clasificación.”

La declaración de las vías pecuarias, y por tanto su trazado y clasificación, derivada de previas Órdenes Ministeriales fueron consentidas al no ser impugnadas en tiempo y forma. Los procedimientos de clasificación y el posterior de deslinde son distintos; cada uno de ellos acaba en un acto resolutorio que le pone término. Así, por ejemplo, diversas Sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fechas 10 de noviembre de 2005, de 16 de noviembre de 2005 y de 10 de enero de 2008, determinan que no es la fase de alegaciones de un expediente de deslinde el momento procedimental adecuado para impugnar o poner en tela de juicio las cuestiones físicas —artículo 7 Ley 3/1995, de Vías Pecuarias, relativas a la vía pecuaria así como la clasificación de la misma. Por ello, debe ponerse de manifiesto la imposibilidad de invocar en el procedimiento de deslinde supuestos vicios o defectos del acto clasificatorio por cuanto ha devenido firme y consentido, desplegando toda la eficacia que el ordenamiento jurídico y específicamente la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común le otorgan, en especial la ejecutividad y la validez (artículos 56 y 57 y en el mismo sentido la actual Ley 39/2015). Así ha sido manifestado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 27 de octubre de 2005.

Ahora bien, en sede penal, toda esta discusión puede estar más limitada, y parece que, inspirándonos en los estrictos principios de derecho penal, sólo las vías pecuarias clasificadas y deslindadas podrían convertirse en bien jurídico protegido por este tipo de delitos.

De otra parte las carreteras. El bien jurídico protegido estará compuesto del dominio público viario de la Red de Carreteras de Andalucía: de las carreteras, sus zonas funcionales y las zonas de dominio público adyacente a ambas. Así lo establece la Ley estatal, Ley 25/1988, de 29 de julio y Ley 8/2001 de 12 de julio andaluza. La legislación autonómica en lo que se refiere a carreteras, establece, a continuación del dominio público adyacente, otras zonas de protección, que aunque no son titularidad de la Comunidad Autónoma, si son objeto de protección. Se trata de las siguientes zonas: de servidumbre legal, de afección y de no edificación.

Finalmente, los ferrocarriles. En una interpretación extensa, el término vial puede llevarnos a tener en cuenta la zona de dominio público, de protección, y las normas relativas a la

reducción de distancia así como los límites a la edificación que se establecen en la La Ley 38/2015, de 29 de septiembre de Ferrocarriles estatales; siendo que el soporte de toda esta zonificación la Red Ferroviaria.

Por cuanto respecta al bien jurídico protegido "zonas verdes"⁶³ habrá de estarse a la efectiva clasificación y calificación que del suelo efectúen los diferentes instrumentos de planeamiento.

Con respecto al resto de los bienes de dominio publico, si bien su reproducción en este sede resultaría excesivamente prolija, nos interesa traer a colación una de las importantes prescripciones que realiza la DGRN cuando determina que el registrador que tenga dudas fundadas sobre la posible invasión de dominio público debe evitar su inscripción⁶⁴.

Valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

Por su valor histórico, y para detectar los bienes protegidos penalmente, hemos de acudir a la Ley de Patrimonio Histórico Español, Ley 16/1985, de 25 de junio así como a la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía⁶⁵, que recoge en su artículo 6 la constitución del Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz "como instrumento para la salvaguarda de los bienes en él inscritos, la consulta y divulgación de los mismos", y en el artículo 7 su estructura, que comprende los Bienes de Interés Cultural, Bienes de Catalogación General y los incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles

⁶³ Art.55 RDL 7/2015 Serán nulos de pleno derecho los actos administrativos de intervención que se dicten con infracción de la ordenación de las zonas verdes o espacios libres previstos en los instrumentos de ordenación urbanística. Mientras las obras estén en curso de ejecución, se procederá a la suspensión de los efectos del acto administrativo legitimador y a la adopción de las demás medidas que procedan. Si las obras estuvieren terminadas, se procederá a su revisión de oficio por los trámites previstos en la legislación de procedimiento administrativo común.

⁶⁴ RDGRN de 15 marzo 2016-

⁶⁵ La Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía establece que los instrumentos de ordenación territorial o urbanística, así como los planes o programas sectoriales que incidan sobre los bienes integrantes del patrimonio histórico deben establecer una ordenación compatible con la protección de sus valores y su disfrute colectivo, que la inscripción de un bien inmueble en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz llevará aparejada la obligación de adecuar el planeamiento urbanístico a las necesidades de protección de dicho bien, y que los planes urbanísticos que afecten al ámbito de Conjuntos Históricos, Sitios Históricos, Lugares de Interés Etnológico, Lugares de Interés Industrial y Zonas Patrimoniales se ajustarán al contenido de protección establecido en el artículo 31. Este contenido de protección se podrá incorporar directamente en los Planes Generales de Ordenación Urbanística, o bien mediante la elaboración obligatoria de Planes Especiales de Protección o planeamiento de desarrollo con el mismo contenido, en un plazo máximo de tres años desde la aprobación definitiva del Plan General. Tras la aprobación definitiva del planeamiento de protección, con informe vinculante de la Consejería en materia de cultura, los ayuntamientos pueden solicitar la delegación de competencias para la autorización de obras reguladas por dicho plan, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía.

del Patrimonio Histórico Español. Los bienes catalogados y el respeto a las determinaciones establecidas en la Ley para ellos se convertirán en objeto de la tutela penal.

De otro lado, y por cuanto se refiere a los transversales valores ecológicos, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad recoge en su art. 16 que los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales son el instrumento específico para la delimitación, tipificación, integración en red y determinación de su relación con el resto del territorio, de los sistemas que integran el patrimonio y los recursos naturales de un determinado ámbito espacial y que (art. 18) serán determinantes respecto de cualesquiera otras actuaciones, planes o programas sectoriales, sin perjuicio de lo que disponga al respecto la legislación autonómica. Por su parte, el art. 24 de la Ley hace mención al Catálogo Español de Hábitats en Peligro de Desaparición... De esta manera tenemos, bien vía legal, reglamentaria o a través de determinados actos administrativos, determinados espacios que se incardinarían en el 319.1 CP.

En Andalucía esta misma reflexión nos lleva al instrumento Red de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía⁶⁶. Comprendido por:

- Parques nacionales
- Parques naturales
- Parques periurbanos y parajes naturales
- Otros espacios protegidos: paisajes protegidos, monumentos naturales, reservas naturales, reservas naturales concertadas, zonas de importancia comunitaria. Red Natura 2000, zonas especialmente protegidas de importancia para el Mediterráneo (ZEPIM), reservas de la biosfera, sitios Ramsar, geoparques.

Por cuanto respecta a los valores forestales, paisajísticos... y cuantos aboquen al territorio a ser considerado como de especial protección, el TRLSRU 2015 dispone que tendrán la consideración de suelos protegidos que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos.

Es cierto que por esta exclusiva previsión legal los suelos ni se consideran directamente objeto de tutela penal ni de especial protección. Ahora bien, esta previsión si que obliga a que, identificados en el territorio, los diferentes instrumentos de planeamiento deban recogerlos y establecer un régimen de tutela para ellos. Tras la publicación de los planes,

⁶⁶ Abarca 247 espacios con una superficie total del orden de 2,8 millones de hectáreas, de las que 2,7 millones son terrestres (lo que representa aproximadamente el 30,5% de la superficie de Andalucía) y el resto son marítimas, constituyendo la red más importante en superficie y en número de espacios protegidos de la Unión Europea.

los suelos se convierten directamente en objeto de tutela penal. Así, y por citar un caso, los PEPMF al normar la categoría de “Paisajes Agrarios Singulares”.

En conclusión, la aparición de los valores invocados por la normativa penal implica la aplicación del tipo agravado. No obstante para que pueda aplicarse el art. 319.1, esto es, en el respeto a los principios propios de derecho penal, se requiere que o bien a través normativa (legal o reglamentaria⁶⁷) o bien a través un acto administrativo (dotado de todas las formalidades que exige el ordenamiento administrativo, incluida las notas de publicidad) se produzca tal reconocimiento. Por ello, al explicar el bien jurídico protegido puntualizamos la existencia de los diferentes planes⁶⁸ medioambientales, territoriales y urbanísticos que con todos las salvaguardas del derecho administrativo hayan acogido el reconocimiento de estos valores en determinadas zonas del territorio.

Pero como también dijimos con ocasión de la falta de eficacia de la normativa no publicada, existen en nuestro Ordenamiento Jurídico, un sin fin de leyes sectoriales que igualmente se hacen eco de estos valores. Los reconocen y protegen en su propia normativa. Normas que, por otro lado, resultan de directa aplicación luego no es necesario que la específica normativa urbanística de un municipio las recoja para que se entiendan subsumidas en el tipo penal. Así, y por cerrar el apartado, citamos a modo de ejemplo el art. 27 de la Ley Forestal de Andalucía que dispone “los montes de dominio público tendrán la consideración a efectos urbanísticos de suelo no urbanizable de especial protección” (con las limitaciones sobre su disponibilidad y cuantas determinaciones que, en los términos de la presente Ley, estén contenidas en los Planes de Ordenación de Recursos Naturales); o bien el Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía, modificado por Decreto-Ley 5/2012, Decreto-Ley, 1/2013, de 29 de enero; Ley 3/2014, y Decreto-Ley 12/2014, que en su art. 25.3 determina que en ningún caso podrá planificarse o autorizarse la implantación de grandes superficies minoristas en suelo clasificado como no urbanizable.

Finalmente hemos de advertir una cuestión. El legislador quiere ofrecer tutela penal a suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. Interesa destacar que, en este sentido, zonas verdes, protegidas histórica ocularmente, etc, pueden existir también en suelo urbano por lo que hemos de abandonar la cuadratura de este apartado, exclusivamente sobre suelo no urbanizable de especial protección.

⁶⁷ Recuérdese el debate sobre la norma penal en blanco realizado en el presente trabajo.

⁶⁸ Primero los planes medioambientales (Planes de Ordenación de los Recursos Naturales y Planes Rectores de Uso y Gestión).

- En segundo lugar, los territoriales (Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, Plan del Corredor Litoral, Planes Especiales de Protección del Medio Físico, Planes Subregionales).

- Y, finalmente, dentro de los urbanísticos, los planes especiales ajustados a los generales.

V. PENAS, RESPONSABILIDAD CIVIL Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS PREVISTAS

V.1. Penas

De un lado podemos comenzar advirtiendo, conforme lo hace la jurisprudencia, que para la concreta imposición de la pena debe tenerse en cuenta la persistencia de la conducta del acusado, lo completo de las obras y lo grueso de la infracción urbanística así como la carencia de antecedentes penales⁶⁹.

1.1. Prisión

En el delito del art. 319.1 penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años; 319.2 pena de prisión de uno a tres años.

La función resocializadora, entendida en su sentido clásico, pierde su finalidad al observarse el perfil de los sujetos activos en estos delitos. El régimen de suspensión y sustitución de penas cobra en estos delitos especial significado. No obstante lo aplaudido de estas Instituciones, en el estudio de AGUILAR CÁRCELES⁷⁰ se pone de manifiesto que de los 140 sujetos condenados por delitos urbanísticos sólo respecto de 8 se aplicó la sustitución y a una sola persona se le suspendió la pena.

Como ya apuntara ACALE SÁNCHEZ, la elevación, tras la Reforma, de la pena de prisión del número 1º supone que no entren en juego las reglas del régimen de sustitución.

1.2. Multa

319.1CP; multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triple del montante de dicho beneficio.

⁶⁹ Breve referencia a las atenuantes y agravantes: La circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, art. 21.6 CP, se compone según la jurisprudencia de los siguientes elementos:

- a) Laspso de tiempo excesivo en la tramitación del procedimiento.
- b) Que tal retraso no sea imputable a la parte que lo invoca.
- c) Mayor atrición de la pena correspondiente por consecuencia del retraso.

De otro lado, y respecto de las agravantes, destacamos que la específica prevista en el 338 CP no será de aplicación en los supuestos en que las conductas afecten a un espacio natural protegido por cuanto es "inherente" esta afectación al tipo específico.

⁷⁰ AGUILAR CÁRCELES, M.M., "Perfil criminológico en los delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo", en Urbansimo y Corrupción Política, cit. p. 593

319.2CP: multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio.

Por lo que respecta a la multa, traemos a colación la interesante Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de febrero de 2013 *“Respecto a la cuota de la multa, el art. 50.5 del CP dispone que la cuantía de la cuota diaria de la pena de multa ha de adecuarse a las condiciones económicas del condenado, teniendo que ser proporcional a las mismas, pero ello no supone efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse, de forma que, como señala la STS de 12/2/01 , la insuficiencia de estos datos no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto que debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo, que se ha venido estableciendo en 6 €, (STS, por todas, 7/7/99 , 13/7/01) añadiendo la STS de 31/10/05 , que si bien para las cuotas elevadas de la pena de multa es absolutamente preciso que se contrasten datos más completos sobre la situación económica del condenado, para la imposición de cifras no excesivamente superiores al mínimo, entre las que considera la de 20€, que entrarían dentro del primer tramo, de los diez en que el TS ha venido dividiendo la pena de multa, habrá que entender que se está imponiendo la pena en su grado mínimo, aun cuando no se alcance el mínimo absoluto, siendo suficiente que se constate que no se encuentra el condenado en situación de indigencia ,que es la que debe determinar la imposición del nivel mínimo absoluto de dos 2 euros.”*

En el mismo sentido Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 28 de abril de 2014.

La Sentencia del Juzgado de lo Penal número 4 de Sevilla de 5 de abril de 2016 clarifica *“La fijación de una cuota anormalmente baja sin justificación alguna tiene unos mecanismos depresores del efecto de la pena que pueden eliminar todo rasgo de prevención general y especial y debe recordarse que él tiene medios suficiente como para permitirse una vivienda de recreo, aparte de la propia y que los hechos revelan una capacidad económica superior a la ordinaria.”*

1.3. Inhabilitación

La pena de inhabilitación prevista tanto en el art. 319.1 como en el 319.2 es la misma: inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

V.2. Responsabilidad civil

2.1. Ubicación y formas

La modificación operada en el art. 319.3 CP por la Ley Orgánica 7/2015, de 30 de marzo otorga una nueva redacción al apartado en el sentido de disponer que en cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquellas.

El Capítulo I del Título V del Libro I del CP se abre con el art. 109 que dispone “La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados⁷¹.”

Así, el Tribunal Supremo viene a sentar doctrina cuando en fecha 22 de mayo de 2013 determina que no son obstáculos para que prospere la indemnización ex proceso penal que los beneficiados no hayan sido sujeto pasivo ni particular ofendido. Así mismo, tampoco resulta un impedimento no haber interpuesto querrela por estafa. *“El hecho de que quien no ha sido sujeto pasivo ni particular ofendido por el delito pueda resultar destinatario de una indemnización exigida en el proceso penal, no es sino la expresión del deseo legislativo de que el restablecimiento de la ofensa a la ordenación del territorio y la reparación civil de los daños ocasionados se produzcan de forma simultánea. Son razones de política legislativa, ligadas a la necesidad de evitar una dualidad de procesos, las que han llevado a sumar a la demolición, con cargo al infractor, los daños provocados a quienes aparecen como expresión bien gráfica, ha sido denominada acumulación de tutelas, que no es otra cosa que una concurrencia de remedios de la que existen otros ejemplos en nuestro ordenamiento jurídico, art. 130.2 de la Ley 30/1992, 26 de noviembre. Tampoco es obstáculo para la procedencia de la indemnización el hecho de que no se haya formulado acusación por el delito de estafa. Es perfectamente imaginable la concurrencia entre un delito contra la ordenación del territorio y otro de estafa. El hecho de que el desconocimiento alegado respecto de la situación urbanística del terreno no haya servido de fundamento para una acusación por estafa, no es impedimento para la indemnización civil concedida por la Audiencia. Todo ello, claro es, sin perjuicio de que un eventual proceso por aquel delito el pago de lo debido actuara entonces como causa de extinción de una hipotética responsabilidad civil.”*

De otra parte, dispone que la indemnización habrá de ser fijada en la ejecución de la sentencia:

“De ahí que ningún obstáculo procesal detecte la Sala en la concesión de una indemnización que, según el fallo de la sentencia recurrida, habrá de ser fijada en ejecución de sentencia,

⁷¹ En el mismo sentido el art. 116 del mismo texto legal y el art. 100 LECrim.

correspondiéndose con el precio abonado y los gastos satisfechos por la compra de la vivienda. Es indudable que ese pago impone como inderogable exigencia la buena fe de los terceros, en este caso, ciudadanos extranjeros que adquirieron los inmuebles. Ha de tratarse, por tanto, de personas que, sin haber tenido participación en el delito contra la ordenación del territorio y sin conocer las limitaciones urbanísticas que afectaban a la construcción, han resultado gravemente perjudicadas en su patrimonio como consecuencia del delito cometido por el condenado.”

No obstante lo anterior no era una regla taxativa; en fecha 24 de septiembre de 2014, el Juzgado de lo Penal número 2 de Almería determina de conformidad con el art. 116 del CP una serie de cantidades económicas *“en concepto de Responsabilidad Civil, sin perjuicio de las acciones civiles que pudiera corresponderles a los perjudicados, los condenados como responsables directos, y el Ayuntamiento de Albox como responsable civil subsidiario, deberán pagar: 45.000 euros a los Sres... por daños morales; 50.000 euros a los Sres... por daños morales...40.000 euros los Sres...por daños morales y 7.800 euros a los Sres...por los perjuicios sufridos.”*

Éste caso resultaba además alarmante en la medida en que, adverbada la ilegalidad, no se acordaba la demolición en aras a una posible y venidera modificación del planeamiento.

Retomando lo anterior; se generaría un abanico de responsabilidades patrimoniales a las Administraciones Públicas de todo punto contrarias al espíritu del legislador al configurar esta previsión legal. Finalmente, la Audiencia Provincial revoca en febrero de 2016 la condena que declaraba al Ayuntamiento de Albox responsable civil subsidiario y que le obligaba a indemnizar por daños morales.

De otro lado, y volviendo al art. 319.3 en relación con los arts. 109 y ss. del CP cabe apuntar que el TS perfila el concepto “tercero de buena fe” a efectos penales de la siguiente manera:

“En definitiva, nada tiene que ver el concepto de tercero de buena fe con el significado registral normalmente ligado a ese término. En palabras del Fiscal, esa referencia no es equiparable al concepto registral del art. 34 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) . Faltaría aquí la inscripción registral. Pero el art. 319.1 del CP , al incluir la referencia a la buena fe, simplemente procura hacer posible que sean reparados los daños colaterales derivados de una demolición imputable a la conducta del acusado.”

2.2. Naturaleza civil

El art. 1902 del Código Civil dispone que “Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal” si bien el art. 109.2 CP recoge que “El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil”

No se trata de disposiciones de carácter excluyente; se reconoce la naturaleza civil de esta responsabilidad y con ello se entiende la posibilidad de dilucidar las cuestiones relativas a daños y perjuicios causados por el delito o la falta ante la Jurisdicción Penal.

No obstante este extremo no se configura con carácter obligatorio en la medida en que el legislador reconoce al particular la opción de acudir a la Jurisdicción Civil para que valore lo procedente en cuanto a los daños y perjuicios irrogados por el delito o la falta.

En fecha 7 de febrero de 2013 el Juzgado de lo Penal Nº1 de Málaga declaraba probado que D. J.M.T, Alcalde del Ayuntamiento de ... dictamina "(...) de forma convenida, torcida y contraria a la reglamentación urbanística vigente en el municipio, otorgando la licencia peticionada para construcción de vivienda agrícola. (...)".

En cuanto a la penalidad, dispone el Fallo, " (...) Respecto a la responsabilidad civil determina el art. 116 CP que toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. En el presente procede la declaración de nulidad de la licencia concedida para construcción de vivienda agrícola (...)".

En el supuesto que traemos a colación, por el Juez Penal se declara como responsabilidad civil la nulidad de la licencia administrativa que da cobertura al ilícito probado.

El fin es acertado; debe el juez penal declarar sin más la nulidad de la licencia, cuya nulidad de pleno derecho ha sido la base para condenar al procesado, y ello, principalmente, porque se completaría así el haz de repositorio (reposición física y jurídica) con la condena.

No obstante, atendida la naturaleza de la licencia como acto administrativo de policía⁷² emanado de la Entidad Local competente para ello, parece inadecuado su encaje como responsabilidad civil.

⁷² La doctrina jurisprudencial ha declarado de forma reiterada (STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga 244/2006, de 7 de febrero, con cita – entre otras – de las SSTs de 8 de julio, 22 de septiembre, 16 de octubre y 13 de noviembre de 1.989, 29 de enero de 1.990 y 6 de mayo de 1.998) que la licencia urbanística – como todo acto administrativo producido por una Administración pública – debe responder al principio de legalidad, en el sentido de entender que la Administración sólo puede actuar cuando la norma se lo permite. Es lo que se denomina principio de vinculación positiva de la Administración, según el cual la Administración sólo puede hacer aquello para lo que se encuentra legalmente habilitada. Este principio general, que tiene reflejo constitucional en el artículo 103, cuando se proyecta sobre la concesión de licencias urbanísticas, se encuentra aún más reforzado por la legislación específica. La licencia es un acto rigurosamente reglado que debe otorgarse necesariamente cuando la petición de la misma reúne las condiciones fijadas por la norma para la actividad solicitada.

A lo anterior cabe añadir que la licencia en sí no es un acto constitutivo de derechos por sí mismo, siendo una mera actividad de policía que acredita el cumplimiento de los requisitos que condicionan el ejercicio del derecho configurado por el instrumento de planeamiento correspondiente. Por ende, la licencia –como tal acto administrativo y en sí mismo considerado- no es título del que se deduzca el nacimiento del derecho a edificar contraviniendo el planeamiento vigente. La licencia que posibilita el derecho a edificar de manera contraria a lo dispuesto por el planeamiento vigente, habilita a un tercero para el ejercicio de facultades o derechos contradiciendo el contenido esencial del derecho a edificar, que sólo nace con ocasión del plan y de los estrictos términos previstos en el mismo, o –de otra forma- el derecho a edificar requiere de una norma reglamentaria (el plan urbanístico) y queda condicionado a los estrictos límites que el plan establece. Esta causa de nulidad radical ha sido apreciada por los Tribunales (STSJ de Extremadura, de 17 de diciembre de 1998) y es doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de Andalucía.

V.3. Consecuencias accesorias

3.1. Comiso

Tras la reforma operada por la LO 5/2010 se ampliaron las modalidades de comiso, y si bien la repetición expresa en el párrafo tercero del artículo 319 puede resultar reiterativa, para muchos pone el acento en una opción poco explorada.

Con la nueva redacción otorgada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo se perfila aún más esta figura. Y, específicamente, la redacción del art. 319.3 CP dispone:

“En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.”

Decomisar, en los delitos sobre la Ordenación del Territorio y Urbanismo y a la luz de lo ya establecido con carácter general por el CP en los arts. 127 y ss. puede ser concebido como un hábil artificio jurídico que permita eliminar el beneficio injusto evitando que el objeto material del delito se perpetúe y termine siendo disfrutado por quien delinque.

La institución del comiso es independiente de terceros de buena fe y la existencia de éstos no obsta a la confiscación del beneficio de la conducta ilícita.

No obstante presenta, en combinación con las reglas de propiedad y demás derechos reales del Código Civil, un importante reparo.

Siendo el caso más habitual que el objeto material del delito sea un inmueble (que excepcionalmente no pueda ser demolido), decomisarlos dejaría expedita, no obstante, la propiedad sobre la que se encuentran adheridos de forma permanente.

Configurar entonces un derecho de superficie sobre la propiedad decomisada, por naturaleza, temporal, parece romper con la idea prefijada por el legislador. Tanto es así que en la práctica no se acuerda; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 19 de

En consecuencia, la licencia es un mecanismo de control de la legalidad urbanística de carácter preventivo, en virtud de la cual se habilita o apodera a la Administración para intervenir ex ante la realización de los actos. Conforme a los preceptos de la legislación del suelo, el otorgamiento de licencia determinará la adquisición del derecho a edificar siempre que el proyecto presentado fuera conforme con la ordenación urbanística aplicable. Por todo lo anterior, la Administración ha de constatar exclusivamente si el uso que se pretende es compatible con el planeamiento, existiendo al efecto un procedimiento administrativo formalizado y regulado en la legislación urbanística de ámbito estatal (artículos 9 y 21 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955; artículo 1.10 del Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por R.D. 2187/1987, de 23 de junio) y autonómica (artículo 172 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre y 6.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía).

octubre de 2010⁷³, Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 21 de julio de 2011⁷⁴, o bien la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 15 de noviembre de 2013⁷⁵. Nos obstante en estas sentencias existe un denominador común, la proporcionalidad, que juega un papel fundamental para negar el comiso aunque a nuestro parecer su recurso es erróneo por cuanto, como expondremos a continuación, la regla general es la demolición, luego el resto de los argumentos cederían si se considera el presupuesto.

Ahora bien, la redacción dada al tipo penal habla de decomisar las ganancias del delito; extremo que perfectamente puede verificarse, en sentido estricto, cuando la edificación se vende a un tercero por el autor del delito⁷⁶.

⁷³ "Igual suerte desestimatoria ha de correr la solicitud relativa al comiso conforme al régimen de los arts. 127 y 128 C. En efecto, en esta tipología delictiva, dicha pena, resulta a todas luces desproporcionada, amén de las dificultades prácticas que plantearía decomisar la construcción, al tiempo que la superficie física sobre la que se asienta, permanecería incólume en Derecho. Efectivamente es difícil justificar que el beneficio obtenido quede en manos del infractor, pero si la demolición se rechaza por ser desproporcionada a un actuar que, apenas perjudica ya al bien jurídico protegido, hemos de convenir en que más desproporcionado aún, es acordar su expolio jurídico, por lo que la vulneración del principio acusatorio sería clara."

⁷⁴ "No ha lugar al comiso de los efectos y ganancias procedentes de delito interesado por el Mº Fiscal conforme al art 127 del CP pues esta Sala ha venido considerando que en los delitos contra la ordenación del territorio el comiso resulta desproporcionado, máxime cuando igualmente la demolición se rechaza por ser desproporcionada, amén de las dificultades prácticas que plantearía decomisar la construcción, al tiempo que la superficie física sobre la que se asienta permanecería incólume, no contemplando la redacción del art 319 del CP a la fecha de los hechos la imposición obligatoria del mismo."

⁷⁵ "Como señala el juez ad quo no han quedado acreditado los beneficios obtenidos por los acusados, no se dedican profesionalmente a la construcción de viviendas y no consta diferencia entre el valor del terreno en suelo urbanizable y no urbanizable. Y si se entiende por comiso de las ganancias o efectos del delito la propia vivienda tampoco podría accederse pues este comiso de la vivienda conllevaría su atribución a la Administración y siendo la vivienda irregular no podría ser subastada ni adjudicada a tercero. La sentencia recurrida en este extremo debe ser respaldada por esta Sala, pues el concepto de ganancias o beneficios serían los representados por la diferencia entre el importe de lo gastado y el valor final de la cosa. Este valor final no es de posible determinación toda vez que, como se ha dicho, los acusados no se dedican a la construcción ni a la venta de inmuebles, las construcciones se han llevado a cabo para habitarlas."

⁷⁶ Artículo 127 quater. CP

1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos:

a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.

b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.

2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.

De otro lado, es necesario recordar que el art. 127.3 establece que si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. Y añade el 127 septies: si la ejecución del decomiso no hubiera podido llevarse a cabo, en todo o en parte, a causa de la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias de que se trate, o por cualquier otra circunstancia, el juez o tribunal podrá, mediante auto, acordar el decomiso de otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso inicialmente acordado.

Concluyendo, el comiso no se plantea como una alternativa a la demolición sino que habrá de acordarse, tal y como reza el tipo penal, “en todo caso”; y atemperarse con las opciones previstas en la última redacción dada al art. 127 CP.

3.2. Demolición

QUINTERO OLIVARES⁷⁷ aporta un dato bastante revelador “a modo de ejemplo: en la Comunidad de Madrid no se registró una orden de demolición en base al art. 319.3 hasta agosto de 2007, esto es, once años desde la entrada en vigor del CP (...)”

Apunta la doctrina que las modificaciones que sufren estos artículos, a través de la LO 5/2010, de 22 de junio y con la LO 1/2015, de 30 de marzo hubieran sido la mejor oportunidad para provocar el aclamado cambio y eliminar el carácter potestativo de la demolición.

“⁷⁸(...) Sin demolición la condena en estos delitos es una ilusión, un espejismo y produce la paradoja que no se da en otros delitos, de permitir que el delincuente condenado siga disfrutando del delito, ya que si no se derriba la edificación ilegalmente construida, el condenado habrá satisfecho una multa pero seguirá disfrutando del efecto del delito, la edificación”.

Esta afirmación, aunque atemperada con la figura del comiso, queda reforzada cuando, tal y como manifestó el CGPJ en el año 2009, no es comprensible que la demolición sea imperativa en el ámbito administrativo pero facultativa en el penal.

Si bien podía considerarse acertada la demolición como responsabilidad civil en la medida en que se condiciona su cumplimiento por parte del penado al disfrute por éste de la

⁷⁷ QUINTERO OLIVARES, G., “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, JM. (coord.), Urbanismo y Corrupción Política (Una visión penal, civil y administrativa), cit, p. 42.

⁷⁸ RÓDENAS MOLINA, JAVIER, citado en MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSE ANTONIO, “La protección penal del territorio y el urbanismo” cit. p.309.

suspensión de la condena en virtud de las exigencias del art. 81.3ª CP, la realidad es que la naturaleza de la demolición impide tal encaje⁷⁹.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 2012 seguida ya por otras posteriores, expresa la siguiente evolución conceptual: *“Esta Sala ya se ha pronunciado con anterioridad acerca del significado de la demolición como expresión de la responsabilidad civil derivada del delito. La prescripción del art. 319.3º del CP -decíamos en la STS 901/2012, 22 de noviembre (RJ 2012, 11361) -, se inscribe en el contexto normativo de las responsabilidades civiles derivadas del delito, sin pérdida de esa naturaleza original; como resulta del doble dato de que las mismas son renunciables y tienen un carácter ultrapersonal, que permite que en las exigencias de reparación, puedan operar mecanismos de subsidiariedad que en el plano estrictamente penal serían ciertamente inconcebibles. En este sentido, es claro, la demolición es una consecuencia civil, una obligación de hacer, derivada del delito, que conecta con el art. 109 ss. CP relativos a la reparación del daño, susceptible de producirse personalmente por el culpable o culpables o a su costa. La reparación del daño ocasionado por el delito, según resulta de los arts. 109, 110 y 112 CP, está prevista con carácter general. Algo plenamente dotado de sentido, ya que, de otro modo, la voluntad del infractor prevalecería sobre la de la ley. Y tal debe ser, pues, la clave de lectura del precepto del art. 319,3º CP (aquí, en su redacción anterior) sobre cuya interpretación se discute. (...)*

Según la doctrina mayoritaria se trata de una consecuencia jurídica del delito en cuanto pudieran englobarse sus efectos en el art. 110 CP. Implica la restauración del orden jurídico conculcado y en el ámbito de la política criminal es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística: No se trata de una pena al no estar recogida en el catálogo de penas que contempla el CP, y debe evitarse la creación de penas en los delitos de la parte especial -Libro II- que no estén previstas como tales en el catálogo general de penas de la parte General - Libro I- ni se puede considerar como responsabilidad civil derivada del delito, dado su carácter facultativo, aunque no arbitrario.”

Si bien se comparten la totalidad de los argumentos expuestos, no por ello debe obviarse lo acertado del recurso a la consideración como responsabilidad civil, por cuanto supeditar la demolición acordada a la concesión de la suspensión de la condena provocaba un revulsivo importante en orden al acatamiento de la sentencia. No obstante no puede olvidarse que el art. 340, dentro de las Disposiciones Comunes alienta la conducta repositora de quien delinque al disponer que “Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas.”

79 Así lo reconocía la Fiscalía General del Estado en su Circular 7/2011.

En el momento actual el Tribunal Supremo determinar que la comisión de un delito urbanístico tipificado en los números 1º y 2º del art.319 lleva aparejada como regla general la demolición. Así lo ha determinado con carácter taxativo⁸⁰ y está creando jurisprudencia al reiterar, como veremos, este pronunciamiento.

Se superan pues las posiciones de aquellos Tribunales que no acordaban la demolición so pretexto de su carácter potestativo en combinación con el principio de proporcionalidad, y en virtud del principio de intervención mínima, tal y como analizamos en el epígrafe

80 En sede contenciosa se he llegado a las mismas consecuencias; Hacemos, a continuación, un repaso por diversas Sentencias del Alto Tribunal, desde 2005 hasta 2014.

* Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª) Sentencia de 7 junio 2005.

“Recuérdese que es la licencia la que autorizó la construcción del centro parroquial en el espacio que finalmente ocupó, y que tal autorización y la construcción acomodada a ella vulneran una norma urbanística reguladora de la distancia mínima de separación entre edificios colindantes. Recuérdese, por ello, que el edificio parroquial, en la medida en que se adentró en esa distancia mínima, no era legalizable. A partir de ahí, ha de afirmarse que el segundo de los pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia de 3 de junio de 1993, esto es, el que declara la obligación de los demandados de demoler aquella parte de lo edificado que sobrepasa el límite de separación, no es más que una consecuencia indefectible, que no puede faltar o dejar de ser; que se anuda sin necesidad de más enjuiciamiento que el exigido para afirmar la ilegalidad de la licencia al pronunciamiento anulatorio de ésta; que se anuda a este pronunciamiento anulatorio con independencia de cual fuera la posición o situación jurídica del o de los actores. La conclusión obtenida no es nueva, sino la que se desprende con toda claridad de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo. Así, se afirma en ella con reiteración que tratándose de obras realizadas al amparo de una licencia que contraviene normas urbanísticas, la anulación de ésta comporta la obligación de demolición de aquéllas; de suerte que, ni la sentencia que acuerda ésta, aunque no hubiera sido pedida, es incongruente, ni se rebasa el sentido del título ejecutivo cuando se ordena tal demolición en la fase de ejecución pese a que el título sólo contuviera explícitamente el pronunciamiento anulatorio de la licencia (por todas, pueden verse las sentencias de 3 de julio de 2000, 19 de noviembre de 2001 y 26 de julio de 2002,; y en términos sumamente expresivos, se afirma en la sentencia de 29 de noviembre de 1995, dictada en el recurso de apelación número 4443/1991, lo siguiente: «[...] si bien se lee el suplico de la demanda, los actores se limitan en él a solicitar la anulación de la aprobación del proyecto de parcelación y la anulación de las licencias y la consiguiente demolición de las obras, sin que pueda decirse que al pedir esto último estaban ejercitando una pretensión de plena jurisdicción [...]»

* Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección5ª) Sentencia de 18 febrero 2009.

“(…), a tal declaración –jurídica– de nulidad de una licencia le sigue, como complemento material, la demolición de lo indebidamente construido con fundamento en la licencia anulada. Así, por ejemplo, se encuentra declarado en las SSTs de 7 de febrero de 2000 y 15 de octubre de 2001, en las que este Tribunal Supremo, siguiendo una reiterada doctrina de la Sala, señaló que “la demolición de lo construido es la consecuencia impuesta legalmente en el caso de anulación de una licencia concedida con infracción de la normativa urbanística”.

* Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección5ª) Sentencia de 8 julio 2014.

“El carácter excepcional de la demolición, a que alude la recurrente con base en las Sentencias de esta Sala que cita, está en relación directa con la posibilidad de legalización, pero, en este caso, ha sido la Sala sentenciadora, al resolver la impugnación de la licencia, la que ha declarado que es contraria a derecho y, por consiguiente, la ha anulado, cuya anulación comporta, según hemos indicado, la demolición de lo construido a su amparo, razones todas por las que los motivos de casación cuarto y quinto no pueden prosperar.”

correspondiente, o bien porque se ponía de nuevo el acento en la Administración para acordar aquella, como órgano que aún mantenía la competencia repositoria a tal fin⁸¹.

Ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2012, abre paso, despejando las dudas en torno a la demolición, de la siguiente manera:

“La demolición de la obra o reposición a su estado originario a la realidad física alterada son medidas que poseen un carácter civil más que penal. Se trata de restaurar la legalidad, de volver a la situación jurídica y fáctica anterior a la consumación del medio.

Según la doctrina mayoritaria se trata de una consecuencia jurídica del delito en cuanto pudieran englobarse sus efectos en el art. 110 CP. Implica la restauración del orden jurídico conculcado y en el ámbito de la política criminal es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística (...)

81 La Audiencia Provincial de Jaén ya en su Sentencia de de 30 de marzo de 2007 consignaba la improcedencia de abocar a la sede administrativa el extremo de la demolición;

“Sería un contrasentido que se declarase constitutiva de delito una edificación y se deje a la administración urbanística acordar la demolición. Entendemos que debe ser la jurisdicción penal la que acuerde la demolición pues, el objetivo del legislador de preservar la ordenación del territorio con el rigor que quiere hacerlo, no sería factible dejando a las leyes administrativas la restauración del derecho perturbado, cuando es precisamente la extracción de ese orden y la incorporación del orden penal lo que hace que el rigor de la reacción sea mayor ante el concreto ataque que el tipo en cuestión prevé (Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 1ª de 27 de diciembre de 1999 y Audiencia Provincial de Madrid, Sección 6ª de 19 de febrero de 2004) “.

No obstante lo anterior, aún en el año 2011 los Juzgados de lo Penal de algunas provincias - entre otras Sentencia de 30 de diciembre de 2011 del Juzgado de lo Penal Nº 9 de Málaga- reposaban sobre la sede administrativa la facultad de demoler; incluso en los casos en los que años anterior a que fuera juzgada la causa el procedimiento penal, la disciplina urbanística –en sede administrativa- ya hubiera concluido decretándose la demolición de lo construido ilegalmente.

Recuérdese que las medidas tendentes a restablecer el orden jurídico perturbado son compatibles con la correcta llevanza del procedimiento penal.

Y como ya apuntaba la doctrina “unos por otros la casa por barrer”; si con anterioridad ya se había resuelto por la Autoridad municipal competente la demolición de las obras, que transcurran años y que el Juez Penal no acuerde la demolición de las obras “sin perjuicio de la potestad del Ayuntamiento para decretarla en el oportuno expediente”, es permitir que la lesión al bien jurídico se perpetúe y que la solución penal no llegue con fuerza allí donde no supo responder con la misma rotundidad –pese a ejercida- la solución administrativa.

Posteriormente se reconduce la cuestión Así, en la Sentencia del Juzgado de lo Penal Nº 5 de Málaga de 16 de enero de 2012 el Juez especifica que “La tendencia de las Audiencias Provinciales es la de aplicar la demolición en los supuestos del art. 319.1 del CP, y no a los del párrafo segundo del precepto. Pero sería un contrasentido que se declarase constitutiva de delito una edificación y se deje a la administración urbanística acordar la demolición. En este sentido se entiende que debe ser la jurisdicción penal la que acuerde la demolición pues, el objetivo del legislador de preservar la ordenación del territorio con el rigor que quiere hacerlo, no sería factible dejando a las leyes administrativas la restauración del derecho perturbado, cuando es precisamente la extracción de ese orden y la incorporación del orden penal lo que hace que el rigor de la reacción sea mayor ante el concreto ataque que el tipo en cuestión prevé. En consecuencia procede declarar la demolición de la construcción verificada por el acusado.”

“El ‘en cualquier caso’ con el que se inicia la redacción del artículo puesto en relación con la elección del verbo escogido en el predicado - “podrán” - sólo podemos interpretarlo en el sentido de que cuando el legislador menciona “en cualquier caso” se está refiriendo a que tanto los supuestos a los que se refiere el núm. 1º del precepto como los del núm. 2º, cabe la posibilidad de la demolición...”

Con esta aclaración el Supremo responde a la doctrina poco acertada que entre otras se venía estableciendo en algunas Audiencias Provinciales; *“Por ello como quiera que el art. 319.3 no señala criterio alguno, en la práctica se tienen en cuenta: la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción; la proporcionalidad de la medida en relación con el daño que causaría al infractor, en caso de implicarse sólo intereses económicos, verse afectados derechos fundamentales, como el uso de la vivienda propia, la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción; tomando en distinta consideración los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas, etc...”*

Así por regla general, la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad de rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración y en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad (...)la demolición es del todo necesaria para restaurar el orden jurídico y reparar en la medida de lo posible el bien jurídico dañado (...) No es factible por ello argüir la impunidad administrativa o desidia de los poderes públicos en su labor de policía urbanística para pretender que los jueces y tribunales no restablezcan la legalidad tratando de restaurar el bien jurídico protegido por el delito al estado en que se encontraba antes de ser lesionado.

En resumen debe entenderse que la decisión sobre si ha de acordarse o no la demolición ha de ponerse en relación con la naturaleza misma de estos delitos y con la respuesta general del ordenamiento jurídico respecto de la restauración de la legalidad urbanística.”

Casi un año después, el Tribunal Supremo reiteraba la doctrina casacional: Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2013⁸².

82 En 2014 se ha vuelto a producir un fallo de idéntico pronunciamiento por el TS si bien en sede contenciosa; Sentencia de 8 de julio de 2014, fija de la misma manera taxativa confirma la demolición como consecuencia directa de la declaración de nulidad de una licencia urbanística, determinando que no es posible acudir a la proporcionalidad para eludirla: “Esta Sala del Tribunal Supremo, en contra de la referida tesis, ha declarado repetidamente que en los casos de actuaciones contrarias al planeamiento urbanístico es imprescindible restaurar la realidad física alterada o transformada por la acción ilegal, de manera que no existe la posibilidad de optar entre dos o más medios distintos y no es, por tanto, aplicable el principio de proporcionalidad (Sentencias de 28 de abril de 2000 , 15 de octubre de 2001 , 23 de octubre de 2001 y 2 de octubre de 2002).

Finalmente, puede considerarse un éxito para la efectividad del derecho penal, que Juzgados menores se hagan eco de esta doctrina y expongan argumentos como el que se reproduce a continuación; Sentencia del Juzgado de lo Penal número 4 de Sevilla, de 5 de abril de 2016, número 147/16; “Como dicen el Tribunal Supremo (STS 901/2012 de 22-11) y la Audiencia provincial de Sevilla (SAP sec. 7ª número 118/2014 de 10-03) (...) la demolición se inscribe en el contexto normativo de las responsabilidades civiles derivadas del delito: es una consecuencia civil, una obligación de hacer derivada del delito, que conecta los arts. 109 y ss del Código Penal relativos a la reparación del daño, susceptible de producirse personalmente por el culpable o culpables o a su costa. Ello es algo plenamente dotado de sentido, ya que, de otro modo, la voluntad del infractor prevalecería sobre la de la ley y es bajo ese prisma bajo el que debe interpretarse el precepto de los artículos 319.3º y 339 del Código cuando dicen “podrán”.

La locución, pese a que la defensa no hace ninguna referencia a ello, ha planteado el debate de su alcance e interpretación sistemática. Se está ante un precepto que fundamentalmente consigna una potestad habilitante y no un factor de discrecionalidad, aunque ello pueda caber. La reparación del daño, ahora en forma de demolición de la construcción no autorizada, será, en principio, la regla porque es a lo que obliga el art. 109 del Código Penal y el art. 319.3ª, no podría hacer meramente facultativo u opcional lo que tiene ese carácter necesario.”

De este modo, sobre todo en la legislación anterior a la reforma de 2015, lo que resulta una adecuada comprensión sistemática del art. 319.3º y de las normas sobre responsabilidad civil y reparación del daño causado por el delito es:

- a) O una ausencia de discrecionalidad.*
- b) O una muy limitada discrecionalidad en la modulación por los tribunales de tal deber legal discrecionalidad limitada a infracciones menores, a tenor de las particularidades del caso concreto, con un criterio de proporcionalidad.*

En la legislación actual, reforzándose la exigencia de política criminal que subyace a la demolición como única medida disuasoria eficaz de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística, pues sin la demolición la condena penal se convierte

En nuestra Sentencia de 3 de junio de 2003 (recurso de casación 3389/1999) hemos expresado también que la demolición de lo construido, al amparo de una licencia declarada ilegal, es una consecuencia natural de la nulidad de dicha licencia como medida precisa y adecuada para la restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada, y en la de fecha 16 de mayo de 2002 (recurso de casación 5281/1998) declaramos que toda anulación de licencia comporta el derribo de la edificación a la que sirve de cobertura.

El carácter excepcional de la demolición, a que alude la recurrente con base en las Sentencias de esta Sala que cita, está en relación directa con la posibilidad de legalización, pero, en este caso, ha sido la Sala sentenciadora, al resolver la impugnación de la licencia, la que ha declarado que es contraria a derecho y, por consiguiente, la ha anulado, cuya anulación comporta, según hemos indicado, la demolición de lo construido a su amparo.”

en un mero gasto adicional para poder disfrutar de lo ilícitamente obtenido”, la LO de 2010 “establece la procedencia de la demolición “en cualquier caso”. Ello deja claro que el término “podrán” de los preceptos del Código utilizan el verbo poder de modo muy reforzado en su acepción de conferir la habilitación para ordenar algo. Ello refuerza la opinión que interpreta que la demolición es obligada.”

La Sentencia, en su fundamento jurídico 5º pone el acento en dos cuestiones más que merecen destacarse; de un lado, señala que “la vivienda es de recreo, no indispensable para la vida del acusado”; de otro, que no ordenar la demolición “convertiría la laboriosa investigación de la Policía y la Fiscalía y todo lo actuado en una pantomima por cuanto el acusado obtendría, al cabo, su propósito delictivo original: construirse una casa de recreo en terreno no urbanizable y si el legislador ha querido que una conducta tan groseramente ilegal sea delictiva es evidente que en las condiciones de autos la acción reparadora y radical de la Justicia Penal no puede excluir, so pena de negarse a sí misma, la demolición del objeto material de tal delito urbanístico y sería incompresible que la vía penal fuera en este punto esencial para la restauración del orden urbanístico más permisiva, valga la expresión, que el ordenamiento Administrativo que, ante su impotencia para frenar estas asombrosas conductas de asalto colectivo al suelo rústico, haya pedido el auxilio del Derecho Penal, ultima ratio coactiva del Estado Democrático.”

En consecuencia, podemos concluir que la demolición, en sede penal:

1. No es una pena.
2. No es responsabilidad civil derivada del delito.
3. Es una consecuencia jurídica del mismo.
4. Se aplicará tanto a los supuestos del art. 319.1 como a los supuestos del art. 319.2.
5. Tendrá en cuenta:
 - La gravedad del hecho.
 - La naturaleza de la construcción.
 - La proporcionalidad de la medida en relación con el daño que causaría al infractor, en caso de implicarse sólo intereses económicos, verse afectados derechos fundamentales, como el uso de la vivienda propia, la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción.
6. Por regla general, deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración.
7. Se acordará, en todo caso cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial.

8. No caben referencias ni al principio de intervención mínima, ni al principio de proporcionalidad para eludir su aplicación.
9. No cabe, tampoco, abocar tanto el Acuerdo de demolición como la efectividad del mismo a la Administración Pública competente tras la declaración, probada, del ilícito penal.
10. No es factible por ello argüir la impunidad administrativa o desidia de los poderes públicos en su labor de policía urbanística para eludir la aplicación del art. 319.3

Frente a ello, es igualmente doctrina ya consolidada, que las únicas excepciones que contempla lo anterior son:

- Las mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa.
- Aquellas otras en que ya se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a norma la edificación o construcción.

Por la claridad y la actual contundencia se considera uno de los pasos más importantes dados por la jurisprudencia en lo relativo a estos delitos.

Finalmente, hemos de recordar que los delitos 319 y 320 tienen una serie de Disposiciones Comunes que, por cuanto aquí estudiamos, parecen reiterar la voluntad del legislador ya consagrada por la Jurisprudencia. Así, cuando promociones urbanísticas alteren el equilibrio ecológico del lugar, habrá de acordarse su reposición, art 339.

VI. LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

VI.1. Consideraciones previas

El Capítulo I del Título VII del Código Penal considera la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal.

La prescripción, su fundamento y su existencia, pueden analizarse desde una evolución que presenta: en un primer momento la necesaria imposición de una pena como respuesta a la comisión de un ilícito; que por diversos motivos esta pena no haya llegado a imponerse; y, finalmente, que desaparezca la originaria necesidad y con ello se declare extinguida la responsabilidad criminal.

Adelantándonos en la exposición argumental, pero para ofrecer las primeras pinceladas descriptivas de esta institución, desde interesantes argumentos manifestados por el Tribunal Supremo⁸³, se aduce que *“transcurrido un plazo razonable, fijado por la norma, desde la comisión del delito, la pena ya no es precisa para la pervivencia del orden jurídico,*

⁸³ Entre otras la Sentencia TS de 8 de julio de 1998.

ya no cumple sus finalidades de prevención social. Quiere ello decir que el “ius puniendo” viene condicionado por razones de orden público de interés general o de política criminal, de la mano de la ya innecesidad de una pena y de cuanto el principio de intervención mínima representa.”⁸⁴

Podrían exponerse dos notas básicas que configuran la prescripción, a saber, el lapso de tiempo y la inactividad o el “silencio” de la relación jurídica de que se trate.

VI.2. La prescripción en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo

2.1. Plazo de prescripción

Las penas señaladas en el art. 319 CP determinan que el plazo de prescripción de los delitos sea de 5 años en conjunción con lo dispuesto en el art. 131CP. Antes de la reforma operada por la LO 5/2010 el plazo de prescripción era de tres años. Lo anterior suponía para la doctrina un dislate en la medida en que, argumentan, el TRLS de 1992 mantenía un plazo de prescripción de cuatro años para la infracción administrativa siendo que la cobertura penal al bien jurídico acababa a los tres años⁸⁵.

La reflexión anterior se mantiene en el esfuerzo de recurrir a la legislación urbanística de ámbito nacional para dotar de coherencia el texto penal. Como no pudiera resultar de otro modo, la actual Ley del Suelo no contempla catálogo de infracciones urbanística. Por cuanto se refiere a la legislación andaluza, el art. 211 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, mantiene el plazo de cuatro años provocando, en apariencia⁸⁶, una mayor cobertura del sistema penal frente al sistema administrativo.

2.2. Determinación del dies a quo

Primero. En sede penal.

La determinación del dies a quo es uno de los elementos más controvertidos y a su vez una de las instituciones que mayor autonomía dan al Derecho Penal.

Se parte de su configuración como delitos de carácter permanente, por la constante lesión al bien jurídico vulnerado.

⁸⁴ Sin embargo, de otro lado, alguna parte de la más autorizada doctrina (autores como BEMMANN) se manifiesta en el sentido de entender que la pena tardía podría servir para demostrar a los ciudadanos que “los molinos de la justicia son lentos pero seguros, lo que tiene un efecto intimidatorio superior a la exención de pena por prescripción.”

⁸⁵ En este sentido ACALE SANCHEZ, MARÍA, “Los nuevos delitos sobre la Ordenación del Territorio y Urbanismo”, cit. p.295.

⁸⁶ Hemos apostillado “en apariencia”, por la reflexión que se realiza en el apartado siguiente.

El art. 132 CP determina que el cómputo de la prescripción se inicia “desde el día en que se haya cometido la infracción punible.”

Autores como DEL TORO MARZAL y Sentencias del Tribunal Supremo como la de 5 de mayo de 1999 o 23 de abril de 1999, determinan que el plazo de prescripción del delito permanente comienza a contar desde el día en que se “eliminó la situación ilícita” (art. 132.1 in fine), esto es, a partir del momento en que cesa la fase de consumación de la conducta típica.

Ahora bien, una parte del sector doctrinal plantea lo siguiente: una interpretación excesivamente rígida de la prescripción en relación con los delitos permanentes provocaría situaciones difícilmente admisibles. Así, por ejemplo, infracciones como el abandono de familia pueden no llegar a prescribir nunca, por muchos años que transcurran, mientras vivan el autor y las víctimas.

Es por esto, por lo que una parte de la doctrina propone distinguir entre dos clases de delitos permanentes. De un lado, aquellos en los que una consumación prolongada entraña una mayor lesividad de la conducta y, de otro, infracciones en las que el paso del tiempo, con independencia de que formalmente siga realizándose el tipo, tiene como efecto que la conducta vaya perdiendo gravedad, es decir, sea percibida cada vez más como una situación que, pese a su ilicitud, ya se halla consolidada y no incrementa sus efectos lesivos⁸⁷.

En la actualidad resulta pacífica la aplicación por los jueces y Tribunales penales la institución de la prescripción en este tipo de delitos. Desde el momento en que cesa la actividad lesiva (consumada de manera total o parcial en referencia al plan preconcebido) comienza el plazo del cómputo de la prescripción⁸⁸.

Segundo. Sede administrativa.

No obstante lo anterior, la infracción administrativa comienza a computarse⁸⁹ desde “el día en que la infracción se haya cometido o, en su caso, desde aquél en que hubiera podido incoarse el procedimiento. A este último efecto, se entenderá posible la incoación

⁸⁷ ACALE SANCHEZ, MARÍA, “Los nuevos delitos sobre la Ordenación del Territorio y Urbanismo”, cit. pp.294 y ss.

⁸⁸ “Se trata en definitiva de un delito permanente, con lo que en todo caso el cómputo de la obra conjunta o única se iniciará cuando acabe con su consumación”. Sentencia núm. 1182/2006 de 29 noviembre del TS.

⁸⁹ Atendemos a mostrar el caso específico de la legislación andaluza art. 211 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre que no obstante es heredera de la jurisprudencia repartida por todo el territorio nacional: Es la jurisprudencia de las Salas de lo Contencioso de los distintos Tribunales Superiores de Justicia españoles – motivo por el cual aunque analicemos un texto autonómico, podemos entender extrapolable el argumento de la prescripción a escala nacional- la que inspira a ambos preceptos (40.2 y 46.1, 2ºpf) del Decreto 60/2010, de 16 de marzo: “(...) el plazo de inicio de los cuatro años se inicia cuando las obras dispuestas para servir al fin, o el uso previsto sin necesidad de ninguna actuación material posterior se demuestran mediante la aparición de signos externos que permitan conocer los hechos constitutivos de la infracción” (Sentencia del TSJ de Madrid, de 26 de octubre de 2007).

del procedimiento sancionador desde el momento de la aparición de signos externos que permitan conocer los hechos constitutivos de la infracción, y nunca antes de la completa terminación de los actos.”

Hemos de rescatar la definición de obras -sin licencia⁹⁰ terminadas que nos proporciona el propio Reglamento de Disciplina Urbanística en su art. 40.2 “Tales obras se considerarán terminadas cuando estén ultimadas y dispuestas a servir al fin previsto, sin necesidad de ninguna actuación material posterior referida a la propia obra, salvo las posibles obras de adaptación de algunos locales”.

En virtud de lo anterior, y es doctrina pacífica en sede administrativa, hasta que la obra no esté “ultimada y dispuesta para servir al fin previsto” no amenaza el riesgo de la prescripción en el ejercicio de potestades de disciplina urbanística.

No obstante, no cabe realizar una interpretación de lo anterior en términos absolutos. Y ello porque aún la determinación específica de la LOUA y del RDUU, ésta debe ser interpretada en el marco de lo dispuesto por el art. 30 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Dicho artículo, que establece que la prescripción “comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido”, sirve al Tribunal Supremo para determinar en su Sentencia casacional de fecha 11 de junio de 2013 que la potestad sancionadora no puede ser ejercida con un lapso temporal tal (en el supuesto tras 28 años de iniciarse unas segregaciones) que termine dando carta de naturaleza a la pasividad de las Administraciones, municipal y autonómica.

Tercero. Conclusión.

En virtud de lo expuesto, el plazo de prescripción penal de cinco años, es inferior que el de los cuatro años contemplado en la legislación urbanística de Andalucía, en la medida en que el dies a quo penal puede resultar anterior al administrativo.

Pongamos por caso el ejemplo de una vivienda sin acabar, sin licencia y en suelo no urbanizable con valores medioambientales declarados; el plazo de prescripción penal comenzaría a computar desde el “último acto edificatorio” mientras que el plazo para sancionar administrativamente no se abriría hasta que la vivienda estuviere dispuesta para servir al fin previsto, esto es, hasta que pudiera ser habitada.

⁹⁰ En la medida en que el art. 46 que examinamos se ubica en la Sección 2ª Actos sin licencia u orden de ejecución o contraviniendo sus condiciones, Capítulo V, Título I.

No obstante lo anterior, bastaría que en esos cinco años se volviera a “poner un ladrillo nuevo”, para poner el contador de la prescripción penal a cero.

Como habíamos descrito, esta institución dota de mayor autonomía al Derecho Penal por cuanto aunque los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo sean normas penales en blanco, se pone aquí de manifiesto la claridad con que concibe el legislador penal, de una lado, la institución de la prescripción y, de otro, su combinación con los valores que se protegen a través de los bienes jurídicos del art. 319 CP.

2.3. La interrupción de la prescripción

La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija frente a la persona indiciariamente responsable del delito o falta”.

Así lo determina el CP en su art. 132.2 estableciendo una serie de reglas especiales a tener en cuenta.

La falta de debida observancia a las citadas reglas deviene en una práctica judicial que viene absolviendo, sin necesidad de estudiar ulteriores motivos⁹¹.

2.4. Excurso. El valor probatorio de las actas de inspección y el valor de los sistemas de teledetección

Al margen del debate abierto relativo a las diferencias de la prescripción penal de la sancionadora, es común denominador a ambas la necesidad de establecer el *dies a quo* (bien desde el último acto edificatorio bien desde la completa finalización de las obras; hablaremos con carácter general del momento de terminación de las obras).

En adenda a lo expuesto hasta el momento, el presente apartado permite estudiar con qué instrumentos -materiales- cuenta el operador jurídico para advenir el momento de terminación de las obras.

Así, resulta necesario referirnos a las Actas de Inspección⁹², de un lado, y a los sistemas de teledetección incluidos en informes periciales, de otro.

⁹¹ Así y entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 30 de marzo de 2012.

⁹² Art. 37.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Cuerpo de Inspectores de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía, Decreto 225/2006, de 26 de diciembre. Son actas de la Inspección aquellos documentos en los que se recoge el resultado de una concreta actuación inspectora de vigilancia y comprobación de la normativa vigente en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

Con carácter general, en la medida en que la mayor parte de los ilícitos, penales/administrativos, tienen su origen en denuncias formuladas por Agentes de la Autoridad⁹³, los datos recogidos en el Acta⁹⁴ describirán el momento constructivo en que se encuentre la obra. Lo anterior permitirá pivotar sobre lo observado a la fecha en que se hubiese girado la visita de inspección para tener un referente a la hora de marcar, en su caso, la fecha de terminación de la obra.

Es vital recordar que las Actas de Inspección son documentos públicos con valor probatorio⁹⁵ y, por ende, la descripción de lo contenido en ellas puede hacerse valer en el juicio/procedimiento correspondiente.

En ocasiones, no se cuenta con la oportunidad de girar visita de inspección que permita paralizar las obras o que desvelen que se encuentran recientemente acabadas.

En estos casos, los peritos deben acudir a las ortofotografías que permitan examinar la evolución de la obra en el territorio.

El Tribunal Supremo se pronunciaba el 30 de mayo de 2012 sobre el valor probatorio de las ortofotografías, determinando que, al ser incluidas en el informe del técnico competente mediante el que se proceda a su descripción, pueden servir como documental decisiva para una valoración objetiva por parte del Tribunal Sentenciador -como también del órgano que resuelve un procedimiento de disciplina urbanística-.

⁹³ Policía Local, artículo 53.1 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y restante FCCSS como las Patrullas del Seprona; específicamente se añaden a los anterior a nivel regional los Inspectores de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda creado por la D.A. 4ª de la Ley 13/2005 para velar precisamente por la ordenación territorial y urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como Agentes de Medio Ambiente Ley 15/2001, de 26 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales, presupuestarias, de control y administrativas. (arts. 22 y 23. Creación de la especialidad de Agentes de Medio Ambiente del Cuerpo de Ayudantes Técnicos de la Junta de Andalucía). *Orden de 1 de diciembre de 2005, por la que se aprueba la Carta de Servicios de la Secretaría General Técnica para los Agentes de Medio Ambiente *Corrección de errores de la Orden de 1 de diciembre de 2005, por la que se aprueba la Carta de Servicios de la Secretaría General Técnica para los Agentes de Medio Ambiente (BOJA núm. 246, de 20.12.2005).

⁹⁴ Art. 38.1.del Decreto 225/2006, de 26 de diciembre, expresa entre los datos que deben recogerse en el acta, literal c): “c) Identificación, en la medida de lo posible, de la parcela, finca, urbanización, edificación, obra, uso (a efectos de la normativa de ordenación territorial, urbanística o de vivienda), instalación, vivienda objeto de la inspección, elementos esenciales de la actuación de ordenación territorial, urbanística o de vivienda de la cual convenga dejar constancia, de su titular, así como la de aquellas personas directamente relacionadas con el objeto de la inspección, en cuya presencia se realiza la misma.”

⁹⁵ “Las actas de la Inspección, que ostentan el carácter de documentos públicos, tienen valor probatorio respecto de los hechos reflejados en ellas que hayan sido constatados directamente por el personal inspector, sin perjuicio de las pruebas que, en defensa de sus derechos o intereses, puedan señalar o aportar las personas interesadas” Art. 37.2 Decreto 225/2006, de 26 de diciembre.

“La cuestión es que los coactores debían acreditar, y por tanto probar, no solo la titularidad del pozo, que en este caso no se discute, sino que antes del 1 de enero de 1986 regaban con el aprovechamiento y el volumen que pretenden. (...)”

Debemos ahora valorar los informes de teledetección emitidos a partir de las fotografías obtenidas por el satélite Landsat, lo que nos lleva a pronunciarnos sobre la eficacia probatoria de las técnicas de teledetección. Estamos ante un supuesto donde la prueba de este tipo de cuestiones, como es no sólo que existiera el riego con aguas subterráneas, sino también el volumen de las mismas es ciertamente difícil. Se trata cuestiones que dejan muy poco margen a la discusión jurídica pura, para entrar de lleno en la valoración objetiva (...)”

Dada la novedad del empleo de la teledetección como prueba en procesos judiciales, merece la pena hacer una somera descripción de sus características y posibilidades. Se suele aplicar el término de “teledetección “ al conjunto de técnicas que analizan los datos obtenidos por sensores situados sobre aviones, plataformas especiales o satélites (teledetección espacial), siendo esta última, la más conocida. En sentido amplio, la teledetección consiste en el reconocimiento, identificación y estudio de los objetos de la superficie terrestre, a partir del estudio de la energía reflejada o emitida por los mismos. La información que aporta la teledetección es mucho más compleja que una información cartográfica. Las imágenes de teledetección no son representaciones a escala, no son mapas. Por ello, la mayoría de las aplicaciones de teledetección requieren que los datos estén referidos a una base geográfica que permita relacionar exactamente los valores digitales obtenidos mediante teledetección con un determinado punto del terreno. Ello se consigue en el procedimiento de prueba mediante el Informe aclaratorio (...)”

VII. OTRAS CUESTIONES RELEVANTES

VII.1. Personas jurídicas

La LO 5/2010 introdujo el art. 31 bis en el CP en virtud del cual en los supuestos previstos en este Código (y uno de estos supuestos es el art. 319.4) las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas.

Acertadamente la citada reforma introdujo en el art. 130 un segundo apartado con el objeto de poder evitar que la responsabilidad criminal sea evitada si las personas jurídicas procedieren a su transformación fusión, absorción o escisión.

La doctrina considera que en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo cometidos por personas jurídicas la pena de multa cumple una función preventivo-general mientras que las restantes cumplen una finalidad preventiva-especial, a saber la disolución de las personas jurídicas, la suspensión temporal de su actividad...

La Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre modifica en CP en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social y determina que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no será aplicable al Estado, a las Administraciones Públi-

cas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativa o cuando se trate de sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

VII.2. Concurso

El denominado concurso ideal de delitos está regulado en el art. 77 CP.⁹⁶ La doctrina materializa, como supuestos típicos de concurso ideal, la concurrencia del art. 319.1 y el art. 330⁹⁷ CP o bien del art. 319 con el 321⁹⁸ del mismo texto punitivo.

Igualmente y como ya expusimos, si para obtener la licencia se presentan datos falsos y además se construye sobre suelo no urbanizable a sabiendas de su prohibición se configuraría un supuesto de concurso ideal respecto del delito de falsedad documental.

En relación con el concurso medial, podemos citar los casos⁹⁹ en que el derribo se convierte en paso previo y necesario a la posterior acción edificatoria. En estos supuestos si se produce la demolición de algunos de los espacios contemplados en el art. 321 como presupuesto al tipo del 319, es más oportuno a juicio de la doctrina observar un concurso medial de delitos. Doctrina que añade: los supuestos de falsedad del certificado final de obras (art. 392 en relación con el 390.1) como vehículo para cometer el delito tipificado en el art. 319; o bien los casos en los que para obtener la licencia se amenaza o coacciona a la autoridad que debe concederla.

Los casos de concurso real los identifica¹⁰⁰ la doctrina en los supuestos en que se ejecutan construcciones no autorizables en zonas verdes infringiéndose las normas de seguridad cuya inobservancia ponga en peligro la vida e integridad física de las personas y el medio ambiente (319 en concurso real con el art. 350 CP).

⁹⁶ Artículo 77. 1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.

⁹⁷ Artículo 330. Quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

⁹⁸ Artículo 321. Los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.

En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

⁹⁹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSE ANTONIO, "La protección penal del territorio y el urbanismo"cit. p.413.

¹⁰⁰ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSE ANTONIO, "La protección penal del territorio y el urbanismo"cit. p.418.

Y para terminar estas breves reseñas, el delito continuado. Nos adherimos a la doctrina¹⁰¹ según la cual, si las obras, los actos de construcción, etc., son llevados a cabo coetáneamente, aunque sean materialmente varios, existirá un único delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Ahora bien, en el momento en que exista un lapso temporal, se actúe bajo un plan preconcebido y efectivamente se realicen una pluralidad de construcciones, habría de estimarse la figura del delito continuado.

VII.3. La intervención del Ministerio Fiscal en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo

En primer lugar hemos de analizar la obligación de trasladar al Ministerio Fiscal hechos urbanísticos que revistan el carácter de delito o falta.

El art. 56. del Real Decreto Legislativo 7/2015¹⁰² dispone que cuando con ocasión de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística o contra la ordenación del territorio aparezcan indicios del carácter de delito del propio hecho que motivó su incoación, el órgano competente para imponer la sanción lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos de exigencia de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores, absteniéndose aquél de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción.

La actividad fiscal es actividad prejudicial, luego en puridad y para respetar el principio *non bis in idem* no sería hasta el momento en que se judicializara la cuestión por el Ministerio Fiscal cuando se habría de suspender el procedimiento sancionador¹⁰³.

De otro lado, y en consideración a la diferente naturaleza de los procedimientos de protección de la legalidad urbanística y sancionador, el legislador estatal añade acertadamente que "la sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción". De lo anterior se hacen eco las diferentes normas territoriales y urbanísticas de las Comu-

¹⁰¹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSE ANTONIO, "La protección penal del territorio y el urbanismo" cit. pp. 420,421.

¹⁰² En el mismo sentido que el art. 195 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre.

¹⁰³ "Transcurrido el oportuno plazo, si la investigación hubiera evidenciado hechos de significación penal y sea cual fuese el estado de las diligencias, (cuando)el Fiscal procederá a su judicialización, formulando al efecto la oportuna denuncia o querrela, a menos que resultara procedente su archivo." Art. 5.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

nidades Autónomas¹⁰⁴. Y si bien en líneas generales recogen prácticamente la literalidad de lo dispuesto por el legislador estatal, existen casos particulares. Así, el art. 266 de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón¹⁰⁵, dispone en su numeral tercero: "Si la edificación se realizara sobre terrenos calificados en el planeamiento como sistemas generales, zonas verdes, espacios libres o suelo no urbanizable especial, el Alcalde adoptará alguno de los acuerdos establecidos en el artículo anterior, apartado primero, sin limitación alguna de plazo, sin perjuicio de dar traslado al Ministerio Fiscal por si pudieran ser constitutivos de delito.

En este sentido, pese a que el literal del artículo limita a las infracciones sobre suelos de especial protección el traslado al Ministerio Fiscal, ha de entenderse, a la luz de los arts. 42 TRLS y 319 CP, que el traslado deviene obligatorio para cualquier infracción que atente contra el suelo rural, esto es, tanto para el suelo no urbanizable común como para el suelo no urbanizable de especial protección.

No obstante lo dispuesto en el TRLSRU15 de ámbito nacional, existen determinados casos en que las legislaciones autonómicas -ex art. 148.13ª Ce- prevén así mismo el traslado al Ministerio Fiscal en otra variedad de supuestos que acontecen con ocasión de los procedimientos de disciplina urbanística tramitados a nivel administrativo.

Sucede así que expresamente se recoge un segundo traslado obligatorio cuando, con ocasión de la orden de suspensión dictada en el marco de un procedimiento de disciplina urbanística, ésta se incumple. En virtud de lo anterior, la mayor parte de las legislaciones autonómicas prevén, amén de las correspondientes y sucesivas multas coercitivas que se

¹⁰⁴ En tal sentido el art. 258 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana; art. 243 de la Ley 2/2006 de 30 de junio de Suelo y Urbanismo del País Vasco; Art. 219 de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y urbanismo de Navarra; Art. 229 de Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación de Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias; Art. 164 de la Ley 6/1997, de 8 de julio, del Suelo Rústico de las Islas Baleares; Art. 226 de la Ley 9/2002 de 30 de diciembre de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, art. 71, 117 y 118, del Decreto 119/1998, de 16 de abril, por el que se regula la composición y el funcionamiento de la Comisión Superior de Urbanismo de Galicia así como en el Anexo de los Estatutos de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística en su art.3; Art. 213 de la Ley del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura; Art. 148 del Decreto 64/2014, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección de la legalidad Urbanística;; Art. 122 de la Ley 10/1998, de 5 de diciembre, de Ordenación del Territorio de la Comunidad de Castilla y León y art. 360 del Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León; Art. 198 del Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla La Mancha y arts. 46 y 99 del Decreto 34/2011, de 26 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística del Texto Refundido de la Ley de ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística; Art. 224 de la Ley 2/2001, de 25 de junio de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria; Art. 266 Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón y, finalmente, Art. 195.4 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre y art. 65 Decreto 60/2010, de 16 de marzo.

¹⁰⁵ Nótese además que esta Ley se publica en el BOA en fecha 30 de junio de 2009, posterior por ende al TRLS.

impondrán en el seno del procedimiento administrativo y por cuanto persista el incumplimiento, el correspondiente traslado al Ministerio Fiscal de existir indicios relativo a que los hechos fueran constitutivos del delito de desobediencia.

En ocasiones se llega a cuantificar el número de requerimientos que debe hacer la autoridad competente en materia de disciplina urbanística al particular para que éste paralice las obras, y así entonces proceder, incumplidos los mismos, a dar traslado de ello al Ministerio Fiscal. En tal sentido se determina en el art. 212.2 de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra que "Son infracciones graves (...) La no paralización de obras en el plazo de setenta y dos horas desde que se reciba el correspondiente requerimiento suspensivo de la Administración. A partir del tercer requerimiento incumplido, la sanción se impondrá en su grado máximo. El cuarto requerimiento dará lugar al traslado de la conducta del desobediente al Ministerio Fiscal, por si tal actitud fuera constitutiva de delito."

En este caso, la cuantificación posibilitaría una mayor determinación de la linde administrativa y la penal en el juego del principio *non bis in idem* respecto del hecho que se traslada al garante de la legalidad.

De otra parte, Comunidades Autónomas como la andaluza, dejan sin señalar el tipo penal y determinan que en caso de incumplimiento de la orden de suspensión "se dará cuenta, en su caso, al Ministerio Fiscal, a los efectos de la exigencia de la responsabilidad que proceda."¹⁰⁶

Respecto de aquellas Comunidades Autónomas que no prevén en su Ordenamiento el tipo penal de referencia, precisarán, para que por el Ministerio Fiscal se pueda elevar el asunto a denuncia o a querrela:

1. Que se notifique a los presuntos responsables de la infracción administrativa, y,
2. Que se aperciba expresamente en la orden de suspensión que la autoridad administrativa traslade al presunto infractor, que el incumplimiento podría dar lugar al delito tipificado.

La LOUA dispone en el numeral segundo de su art. 181 que "La notificación de la orden de suspensión podrá realizarse, indistintamente, al promotor, al propietario, al responsable o, en su defecto, a cualquier persona que se encuentre en el lugar de la ejecución."

Ante la laxitud del precepto, se sugiere por los operadores de la práctica jurídica, poner el acento en una notificación que expresamente y en la medida de lo posible, se dirija a la persona que pueda considerarse como presunta responsable de la infracción urbanística cometida, para que en su caso, si se produjese incumplimiento de la misma y se elevara la conducta a Fiscalía, pudiera configurarse el tipo previsto en el artículo 468 CP.

¹⁰⁶ Art. 181.4 Ley 7/2002, de 17 de diciembre.

No obstante lo dispuesto hasta el momento, desde que el Tribunal Supremo determina con en su Sentencia de 22 de mayo de 2013 que, “en cualquier caso”, se acodará la demolición si por el condenado ha llevado a cabo el delito de desobediencia a la Autoridad administrativa o judicial, y esto se convierte en jurisprudencia habida cuenta de las Sentencias posteriores que se pronuncian en el mismo sentido, se aconseja que por el operador de la disciplina urbanística en aquellas Comunidades que carecen de previsión en tal sentido, se observen las determinaciones antes dichas con el especial apercebimiento notificado al infractor de incurrir en delito de desobediencia si no incumple la medida de paralización o de ejecución repositoria acordada.

Existen casos en que se prevé por los legisladores autonómicos el traslado al Ministerio Fiscal en los casos en que se dicte una orden de restablecimiento de la realidad física y ésta se incumpla por el -ya declarado- infractor¹⁰⁷.

VII.4. Las medidas cautelares en el proceso penal¹⁰⁸

Dispone el art. 764 de la LECrim que “el Juez o Tribunal podrá adoptar medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas. Tales medidas se acordarán mediante auto y se formalizarán en pieza separada. A estos efectos se aplicarán las normas sobre contenido, presupuestos, caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La prestación de las cauciones que se acuerden se hará en la forma prevista en la LEC y podrá ser realizada por la entidad que tenga asegurada la responsabilidad civil o la persona contra la que se dirija la medida.”

En el proceso penal cabe la adopción de medidas cautelares tanto de naturaleza personal (en relación con el imputado) como de naturaleza real, que pueden ser propias del proceso penal o bien propias del proceso civil acumulado al penal en la medida en que de todo delito o falta nace acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios originados en el mismo. Por lo que respecta a las medidas cautelares reales de naturaleza penal pueden tener como finalidad asegurar la celebración del juicio y la disponibilidad en él de las piezas de convicción o garantizar la efectividad de un pronunciamiento de naturaleza penal y procesal penal de contenido patrimonial relativo a la pena de multa, al comiso, y al pago de las costas procesales. En cambio las medidas cautelares de naturaleza civil tienen como finalidad asegurar la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios ocasionados como consecuencia de la comisión del ilícito penal.

¹⁰⁷ Nos referimos a lo dispuesto en el art. 182 del Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla La Mancha, bien, art. 241 de la Ley 5/2014 de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana o bien al art. 197 de la Ley 15/2002, de 14 de diciembre.

¹⁰⁸ Seguimos la propia dicción que, entre otros, recoge el Auto de 15 de mayo de 2012, Pieza Separada de medidas cautelares, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 3 de Coín.

Para que pueda adoptarse una medida cautelar deben concurrir dos requisitos: el primero de ellos es el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho que exige a su vez la verosimilitud del hecho y una probable responsabilidad del sujeto y, por otro lado se exige el *periculum in mora*, es decir que de la no adopción de la medida pueda derivarse un perjuicio de imposible o difícil reparación.

Así, con frecuencia se recurre a las medidas cautelares siguientes:

1. Paralización inmediata de las obras (apercibiendo que su incumplimiento puede derivar en otro tipo delictivo, cual es el de quebrantamiento de medida cautelar del art. 468CP).
2. Prohibición de disponer, en estos supuestos, de la finca. Art. 727.7º LEC. Para el efectivo cumplimiento de esta medida resulta vital un dato cual es la identificación registral de la finca para lograr una ejecución, en su caso, indubitada de la Sentencia. Para el caso en que la misma no hubiera accedido al Registro de la Propiedad se puede utilizar la georreferencia de la misma evitando así los casos –reales- en que resulta imposible el cumplimiento de la Sentencia por devenir dudoso el emplazamiento¹⁰⁹.
3. El afianzamiento por cualquiera de los medios admitidos en Derecho de la cantidad en que se tase pericialmente como coste de reposición de la finca a su estado originario.
4. El traslado a las compañías suministradoras para que cesen en el suministro. El período que se indica en esta sede por los jueces y Tribunales abarca desde el momento en que se libra el oficio, mientras dura el procedimiento y hasta que recae sentencia firme, con apercibimiento, en este caso, de incurrir en un delito de desobediencia a la Autoridad Judicial tipificado en el art. 556 CP en caso de incumplimiento.
5. La anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de la finca, en la medida en que resulta imprescindible para evitar terceros de buena fe conforme a lo descrito en el art. 34 de la Ley Hipotecaria, poniendo en conocimiento de los hipotéticos interesados la existencia de causa criminal que se dicte¹¹⁰.

VII.5. La vis atractiva del procedimiento penal

5.1. Cuestión prejudicial

Algunos autores han expresado que puede resultar una carga excesiva para el juez penal decidir sobre la licitud o ilicitud de una conducta “administrativa”. Sin embargo, con frecuencia el juez penal acude a la práctica del peritaje que, a tal efecto, prevén los arts.

¹⁰⁹ Piénsese en los numerosos casos, principalmente en territorios latifundistas, en que existen más de una edificación en la misma parcela catastral.

¹¹⁰ En este sentido entre otras muchas la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 3 de Ronda 2014

456 LECrim y 335 LEC. Sobre la base de los informes de peritos especialistas en la materia urbanística, el juez o Tribunal decide con mayores garantías¹¹¹.

Ahora bien, no es menos cierto que cuando se conoce por el Juez Penal que en sede contenciosa se está debatiendo a cerca de la legalidad de un acto administrativo cuya realidad compromete al proceso penal, se opta por suspender éste hasta que se resuelva la cuestión por el juez de lo contencioso.

Así, se concluye por la doctrina que constada la existencia de la impugnación de un acto administrativo directamente relacionado con el proceso penal, se acudirá a la previsión contenida en los arts. 3 y ss. de la LECrim¹¹².

5.2. Vinculación de lo probado penalmente

No obstante la parcialidad que se pretende dar a las resoluciones judiciales penales, según el literal de la LECrim., “a los solos efectos penales”, la realidad es que ya desde el extinto Reglamento de la Potestad Sancionadora de 1993 se declaraba la vinculación de lo probado en sentencia penal firme.

Sea como fuere y sin abrir el estudio sobre el principio non bis in idem, aunque el procedimiento penal se sobreesyera, lo actuado en el mismo, en la práctica va a vincular a los órganos que administrativamente resuelven procedimientos de disciplina urbanística.

A mayor abundamiento, no obstante la suspensión, ya analizada, del procedimiento sancionador –administrativo- a resultas de la existencia de actuaciones penales por los mismos hechos, la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía y el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía inciden en el carácter independiente pero coordinado de los procedimientos de disciplina urbanística: el de protección de la legalidad física y alterada (con vida propia pese al procedimiento penal) y el sancionar (suspendido hasta que termine el proceso penal).

En este sentido, si bien son procedimientos diferentes, se sustancian, no obstante, por los mismos hechos ilícitos.

No tiene sentido, en virtud de lo expuesto, pretender que lo probado penalmente tenga efectos exclusivamente penales –y por extensión al procedimiento sancionador- y no se tome en cuenta en el procedimiento de protección de la legalidad urbanística.

¹¹¹ Constituyendo este peritaje una de las Funciones del referido Cuerpo de Inspectores de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía, como además lo prevé el art. 20 de su Reglamento de Organización y Funciones.

¹¹² En este sentido, ACALE SÁNCHEZ., M, “Los nuevos delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo” cit., p. 382

VIII. RESEÑAS RELATIVAS AL ARTÍCULO 320 CP¹¹³. INTRODUCCIÓN

Con anterioridad al Código Penal de 1995, los numerosos supuestos de conductas irregulares de los funcionarios y autoridades con competencia en materia urbanística eran castigados a través de la genérica figura de la prevaricación¹¹⁴.

No obstante, tal y como expone TRENZADO ASENSIO, lo específico del art. 320.1 del CP es:

- a) No se precisa que exista una resolución, bastando la emisión de un informe favorable para que se resuelva injustamente (o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, tras la reforma del CP por LO 5/2010 de 22 de junio) y.
- b) El carácter pluriofensivo de los bienes jurídicos protegidos.

En cambio, lo común del artículo 320.2 con el delito de prevaricación del art. 404 CP, es:

- a) Sujeto activo: autoridad o funcionario público a efectos penales (art. 24 CP).
- b) La resolución injusta o arbitraria.
- c) “A sabiendas de su injusticia”: como ya se ha expresado para un sector mayoritario “injusticia” es elemento normativo del tipo, y “a sabiendas” indica que solo permite la comisión dolosa, lo que tiene consecuencias importantes en caso de error de tipo, como la de desplazar el tipo de delito incluso en caso de error vencible, que es impune al no castigarse la comisión imprudente.

Respecto del art. 404 CP, y por cuanto hemos expuesto los anteriores denominadores comunes, traemos a colación que *“el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1) el servicio prioritario a los intereses generales; 2) el sometimiento pleno a la ley y al derecho y 3) la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines. Por ello, la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de*

¹¹³ Artículo 320. 1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia.

¹¹⁴ La figura de la prevaricación relativa a los delitos contra la ordenación del territorio, tiene sus precedentes en los artículos 228.2 de la Ley del Suelo de 1976, 57.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística y 264.2 de la Ley del Suelo de 1992.

legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas” (entre otras, STS de 23 de enero de 2014).

Por su parte, la STS de 30 de octubre de 2015 señala como requisitos de la prevaricación los siguientes:

1. La condición funcional del sujeto activo.
2. Que este sujeto dicte una resolución, en el sentido de un acto decisorio de carácter ejecutivo.
3. Que dicha resolución sea arbitraria, esto es, que se trate de un acto contrario a la justicia, la razón y las leyes, dictado por la voluntad o el capricho.
4. Que se dicte en un asunto administrativo, es decir, en una fase del proceso de decisión en la que sea imperativo respetar los principios propios de la actividad administrativa, y cuando se trata de un proceso de contratación que compromete caudales públicos, se respeten los principios administrativos de publicidad y concurrencia.
5. Y “a sabiendas de la injusticia”, lo que debe resultar del apartamiento de la resolución de toda justificación aceptable o razonable en la interpretación de la normativa aplicable.

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2012, y ya respecto del art. 320 CP, señala que “ Como se encargan de recordarnos las SSTS núm. 663/2005, de 23 de mayo, y 363/2006, de 28 de marzo, por poner algunos ejemplos, tal delito no es sino una especialidad del más genérico de prevaricación penado en el art. 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa, pues, al igual que éste, protege el correcto ejercicio del poder público, que en un estado de derecho no puede utilizarse de forma arbitraria ni siquiera bajo el pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos. Por el contrario, debe ejercerse siempre de conformidad con las leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se ciña al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio.

IX. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 320. NUEVAS APORTACIONES

Este delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo es el que con mayor acento presenta la protección penal del “normal cumplimiento de las normas administrativas para el uso racional del suelo”, bien jurídico tutelado tal y como viene declarando el Tribunal Supremo.

GONZALEZ CUSSAC¹¹⁴ reitera el carácter pluriofensivo de las prevaricaciones urbanísticas, puesto que en atención a la gravedad de las penas, cabe advertir que se castiga tanto la ofensa al bien jurídico común, como al bien jurídico “Ordenación del Territorio y Urbanismo”.

¹¹⁵ GONZALEZ CUSSAC, J.L. “El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos”, 2aEd., Valencia, 1997, pag.150

Se colige, de cuanto acabamos de exponer y del bien jurídico analizado en el art. 319, que de manera directa el bien jurídico protegido a través del art. 320 CP es el correcto funcionamiento de la Administración Pública de acuerdo con su función constitucional de servir con eficacia y objetividad a los intereses generales (arts. 9.1 y 3, 103 y 106 de la CE) y con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho al aplicar la normativa sobre la ordenación territorial y urbanística; para con ello conseguir el uso racional del suelo y, finalmente, la conservación del hábitat.

X. EL TIPO DEL ART. 320 CP

X.1. Sujetos

1.1. Sujeto activo

La jurisprudencia es coincidente al afirmar que el delito del art. 320 CP se configura como un delito especial propio. Sujeto activo del delito es el funcionario público o Autoridad, definidos estos “a los solos efectos penales”; art. 24 CP¹¹⁶. En este sentido, el propio CP construye y maneja un concepto propio y no se puede decir, por tanto, que en este punto se configure como una norma penal en blanco.

Traemos a colación una de las muchas sentencias del TS que recapitula los elementos específicos de la cualidad de funcionario a efectos penales: *“La definición legal de funcionario público recogida en el artículo 119 –artículo 24.2 del vigente Código Penal– se compone de dos elementos o requisitos ya que no es suficiente con que participe en el ejercicio de funciones públicas sino que se requiere, además, que se haya incorporado a dicho ejercicio por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente”* (STS de 10 de octubre de 1997), precisando que en el ámbito del derecho penal lo que importa es proteger penalmente el ejercicio de la función pública en orden a sus propios fines, garantizando a un tiempo los intereses de la administración (y su prestigio) y los de los administrados. Y en torno a la función pública y al origen del nombramiento gira la definición penal de funcionario: lo es el que participa del ejercicio de

¹¹⁶ Artículo 24 CP

1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

Siguiendo a QUERALT, no será funcionario público a efectos penales quien sea nombrado por autoridad competente solo en base a una disposición reglamentaria.

una función pública y por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto, de las que nos interesa en este caso el «nombramiento de autoridad competente». Nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario, ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad (STS de 11 de octubre de 1993 y las que en ella se citan).

El artículo 24.2 C.P. tiene significado más extenso o amplio que el vigente en la legislación administrativa; si bien se ha admitido sin demasiadas dificultades la consideración de funcionarios públicos a todo el personal de las empresas que funcionan sometidas a un régimen de Derecho público, el problema se plantea principalmente respecto de las empresas reguladas por el Derecho privado¹¹⁷.

Asimismo, también cabe considerar incluidos en el art. 320.1 C.P. a los funcionarios interinos, así como al personal con contrato laboral al servicio de la Administración, e incluso a aquellos asesores técnicos independientes vinculados a la Administración mediante un contrato de servicios o de consultoría siempre que sean ellos los que materialmente realicen los informes.

ACALE SÁNCHEZ especifica que al integrarse en los delitos especiales propios en los que el sujeto activo, además de ser funcionario público o autoridad, ha de ser competente para informar o para inspeccionar o bien (320.2) ha de tener competencias decisorias para votar o resolver los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes (ATS 59/2001, de 17 de enero “*el funcionario público sujeto del delito tendrá que tener funciones decisorias –puesto que estará facultado para dictar resoluciones*”).

De otro lado se considera Autoridad a aquel que, además, tenga mando o ejerza jurisdicción.

¹¹⁷ TRENZADO ASENSIO, M.^a JOSÉ, “Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: La prevaricación urbanística”; Tesis Doctoral UPF/ANY 2012. La citada autora recoge la STS de 13 de marzo de 1992 en la que el Tribunal analiza la condición de empleados de Tabacalera con vinculación a ella por contrato mercantil, llegando a la conclusión de que “... en cuanto al nombramiento, está fuera de toda duda que ninguno de los acusados fue nombrado por ninguna autoridad, ni por elecciones públicas ni por disposición inmediata de una ley. En cuanto a la función habría que indagarla del organismo o entidad pública, o del carácter público de los efectos manejados...”. Esta sentencia concluyo que no tenía la condición de funcionario un empleado de Tabacalera, rechazando que el personal de una empresa pública pueda arrogarse, por el simple hecho de serlo, la condición de funcionario público. En este sentido próximo considera MUÑOZ CONDE, F., con respecto al delito del art. 404 C.P. que “...no hay inconveniente en considerar que a efectos penales también es funcionario público (o autoridad) quien participa en una actividad pública a través de una sociedad con forma de derecho privado, pero participada por la Administración; y el personal contratado, laboral, etc., siempre que participe del ejercicio de la función pública...”. Derecho Penal. Parte Especial. 14a Ed. p. 931.

1.2. Sujeto pasivo

Es la Administración que soporta el comportamiento ilícito la que se perfila como sujeto pasivo de estos delitos. No obstante, acorde con la argumentación que hemos expuesto relativa al bien jurídico hemos de reiterar, como ocurría con el art. 319, que es la colectividad la que finalmente sufre la comisión de estos ilícitos.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 9 de noviembre de 2005, *“A este respecto, debe quedar claro que la lesión del bien jurídico no requiere, que se ocasione con la concesión de las licencias un perjuicio tangible a un ciudadano concreto o a ciertos valores urbanísticos del municipio. La lesión del bien jurídico se produce cuando se dictan resoluciones que se apartan totalmente del ordenamiento jurídico, de su sistema de fuentes y de la jerarquía normativa, sin ajustarse además al principio de legalidad. Resoluciones de esa índole, que quedan totalmente fuera del ámbito de los principios elementales del sistema jurídico de un Estado de Derecho, son palmariamente injustas.”*

X.2. El tipo objetivo

2.1. Conducta típica

Las conductas típicas del art. 320 CP contemplan la acción y la omisión, ya que ésta última específicamente viene descrita en el tipo (requisito establecido en el art. 11 CP, comisión por omisión).

La conducta activa típica es, en el 321.1 la de **informar favorablemente**.

Para la doctrina, habrían de excluirse cuantos actos administrativos no tengan carácter decisorio, como por ejemplo los actos de trámite, consultas, circulares, dictámenes.

Nótese que el informe debe ser preceptivo, de un lado, y favorable, de otro. Lo que supone la necesidad de acudir a las figuras de participación para evitar la impunidad de ciertas conductas en los supuestos de informes desfavorables ya que en principio los desfavorables serían atípicos.

Y en este sentido TERRADILLOS BASOCO, ALCALÉ SÁNCHEZ, proponen acudir a la cooperación necesaria del delito de prevaricación previsto en el art. 404 CP cuando el funcionario informa desfavorablemente, existiendo connivencia con el que después votará la denegación en base a dicho informe.

En relación al Informe consideramos en este punto acertado realizar una breve exposición, para que sea tenida en cuenta de lo expuesto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016, que reflexiona cuanto sigue:

“En la línea ensayada por la acusación ejercitada por el Ayuntamiento acudiremos al diccionario de la RAE para fijar el significado del término informe que es el que el acusado usa al firmar los documentos que se tildan de falsos.

Como acepción segunda, para el contexto de dicho por persona u organismo, se atribuye a la voz informar el significado de “completar un documento con un informe de su competencia” y como acepción sexta, en el contexto de dicho por un funcionario, significa: “dictaminar un asunto de su respectiva competencia”.

Lo que nos lleva a consultar que la voz dictamen significa, a su vez, Opinión o juicio técnico o pericial, que se forma o emite sobre algo.

Así estamos ya en condiciones de precisar que, si bien de las opiniones cabe predicar corrección y acierto, o por el contrario incorrección o desacierto, nunca puede atribuírseles la condición de falsas ni de verdaderas. Esta cualidad solamente cabe predicarla de aquellos enunciados que constituyen asertos o negaciones de hechos, siendo verdaderos cuando lo dicho y lo existente en la realidad coinciden y falsos en caso contrario. Cabe recordar el axioma aristotélico: decir de lo que es, que es y de lo que no es que no es, es verdadero, y decir de lo que no es que es y de lo que es que no es, es falso.

Por ello debemos ahora aplicar este rigor de lenguaje a los documentos que se erigen en objeto del delito imputado para compararlos con el lenguaje empleado por el legislador al describir el tipo penal de la falsedad.

Y observamos entonces que lo que el acusado lleva a cabo en los citados documentos pretende ser un informe. Es decir una opinión acerca de la situación en que se encuentra su cuñada respecto a la norma que releva de la exigencia de previa licencia el suministro de agua y electricidad. Opinión o dictamen según el cual “no existe inconveniente administrativo al efecto”. El documento no describe nada que pueda considerarse un hecho. En consecuencia la emisión del documento puede ser fruto de un error, o su emisión puede ser plenamente consciente de la incorrección. Pero en ningún caso su contenido es verdadero ni falso. Y lo que el tipo penal (artículo 390.1.4º) exige es “faltar a la verdad en la narración de los hechos”.

En el 320.2CP la conducta típica es **resolver o votar a favor**.

Con la nueva redacción de 2010, el tipo penal se han ampliado los objetos materiales de la conducta típica. Se observa, además, que los numerales 1º y 2º están homogeneizados, siguiendo la técnica utilizada en el art. 319.

Para integrar el contenido de los instrumentos de planeamiento y de los restantes proyectos sobre los que puede recaer la conducta típica habrá de acudirse tanto a la definición propuesta en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, al Reglamento de Planeamiento de 1978, como a la legislación territorial y urbanística emanada de las Comunidades Autónomas¹¹⁸. Respecto de las licencias habrá de respetarse la LRBRL, el RSCL, RDU y lo dispuesto en cada Comunidad Autónoma a este respecto¹¹⁹.

¹¹⁸ LOTA en sus arts. 5 y ss; LOUA en Andalucía en sus arts 7 y ss.

¹¹⁹ LOUA, arts 171 y ss y RDU arts 11 y ss en Andalucía.

La calificación jurídica de la resolución que describe el tipo penal ha de verificarse tomando en consideración la doctrina jurisprudencial sobre el particular. Así, el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de febrero de 2015 establece que *“el concepto de resolución administrativa no está sujeto a un rígido esquema formal, admitiendo incluso la existencia de actos verbales, sin perjuicio de su constancia escrita cuando ello resulte necesario. Por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno así como los denominados actos de trámite (vgr. los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva”*.

Por su parte, respecto de la arbitrariedad, las STSS de 21 de abril de 2015 y de 22 de abril de 2015 indican *“que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos. Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el Derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable”*. Y como se afirma en la STS de 13 de enero de 2014 *“la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho”*.

En cuanto a la prevaricación omisiva, incluida tras la reforma de 22 junio de 2010, GORRIZ ROYO, observa dos tipos de conductas: las que silencian la infracción y la referida a omitir el deber de inspeccionar cuando ello sea obligatorio.

ACALE SANCHEZ, M., citada por TRENZADO ASENSIO¹²⁰ señala que *“la incorporación al Código de estas conductas omisivas, no ha de ser interpretada como si se quisiera someter a control desmedido la actuación de los funcionarios encargados del control. En efecto, una cosa es la conducta del encargado de la inspección que “a sabiendas de su injusticia”, no realiza una inspección para no detectar irregularidades, o que realizada la misma, las silencia, y otra muy distinta que a la vista de la falta del personal existente en muchos casos en las inspecciones urbanísticas, las personas que allí trabajan no den abasto con su trabajo y no puedan realizar todas las inspecciones que debieran: en estos casos, faltaría el elemento subjetivo, en todo caso.”*

¹²⁰ TRENZADO ASENSIO, M.^a JOSÉ, “Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: La prevaricación urbanística”; Tesis Doctoral UPF/ANY 2012.

De otro lado, la actividad de inspección ha de ser una actividad programada¹²¹, de manera que la labor del inspector habría de desviarse de manera torticera y a sabiendas, de los objetivos planificados y asignados por el correspondiente Plan de Inspección para que pudiera apreciarse el tipo penal.

Por lo que respecta al art. 320.2, prevaricación urbanística, es denominada por la doctrina “prevaricación específica en sentido estricto”.

2.2. Elemento normativo ‘injusticia’

De forma evidente, las conductas típicas deben ser absolutamente contrarias a la ordenación territorial y urbanística.

La Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, de fecha 17 de enero de 2003 *“reiterada jurisprudencia (por todas, SSTS nº 1526/1999, de 2 de noviembre y 1720/2003, 23 de diciembre), reclama como elemento normativo del tipo de prevaricación un coeficiente de injusticia en la conducta, que consiste en realizar un acto administrativo convirtiendo la propia voluntad en fuente exclusiva de una norma particular.”*

El elemento “a sabiendas” expresado en la descripción del tipo de prevaricación, de obvia naturaleza subjetiva, puede suscitar la cuestión de su integración en la determinación del injusto - configurando el dolo- o como presupuesto de la reprochabilidad del comportamiento al autor -conciencia de antijuricidad-. Si advertimos que, con o sin tal conocimiento, las resoluciones eran injustas, poca dificultad acarrea subsumir aquel elemento entre los personales propios del juicio de culpabilidad¹²².

La exigencia de que el sujeto activo actúe a sabiendas de su injusticia, se convierte por tanto en un elemento central característico de las acciones prevaricadoras y ha de entenderse que la injusticia de la resolución representa un plus respecto de la mera ilegalidad, que, “vinculado a los conceptos de imparcialidad, objetividad, búsqueda del interés general y sometimiento a fines, tiende a configurarla como ilegalidad burda, evidente y expresiva del desprecio por los principios que rigen las actuaciones administrativas”. La Sentencia del Tribunal Supremo 422/1995, de 25 de marzo establece que la injusticia *“tiene que ser evidente, flagrante y clamorosa, de tal manera que se encuentre en insoportable contradicción con los mínimos esenciales de funcionamiento de los órganos administrativos y además que se causa a sabiendas o por ignorancia o negligencia inexcusables, un perjuicio a tercero o a la causa pública en general.*

¹²¹ Art 16 Decreto 225/2006, de 26 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de la Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía.

¹²² STS de 4 marzo de 2010.

Tal y como pone de manifiesto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 18 de abril de 2016 *“En este sentido conviene recordar la Jurisprudencia (...) SSTS 508/2015, de 27 de julio y 350/2014, de 29 de abril, con citación de otras, según la cual, cuando lo que se sostiene es la actuación ilícita de unas autoridades es exigible algo más que una sospecha carente de fundamento”* ahora bien, la Sentencia de 19 de mayo de 2016 de la Audiencia Provincial de Cáceres confirma la condena del Sr. Alcalde *“quien, empero estar asimismo al corriente de la inviabilidad jurídica de la obra que se disponía a acometer, al haber sido informado en tal sentido con anterioridad por esos mismo técnicos, la llevó a término encomendando al asimismo inculpada, Victorio, las menciones del que también obran en el encabezamiento, la edificación de un cuerpo de dos plantas, sobre rasante, compuesto de un acceso a las dependencias de planta baja a través de una puerta de garaje, una terraza cubierta en planta primera y unas estancias dotadas a su vez de acceso a otra terraza abierta a la parte posterior, con una superficie aproximada de 60 m²; sin que en cambio conste que este último, a saber, el expresado contratista, supiese que dicha obra era contraria a la legalidad urbanística”*.

Ciertamente el término *“a sabiendas”* supone que de manera evidente se conozca por los sujetos activos de este delito la ilicitud de cuanto se resuelve. Ahora bien, no puede obviarse que, en el caso de Autoridades, y por continuar con el supuesto de la Sentencia arriba descrito, quien ostente la Alcaldía de una Corporación Local, no puede alegar desconocimiento de la normativa aplicable por ser precisamente su garante.

2.3. Tipo subjetivo. Dolo. Error de tipo

Dando por reproducidas las consideraciones relativas al dolo que de teoría general del delito se indican en el art. 319, hemos ahora de apuntar que la exigencia analizada en el apartado anterior (a sabiendas de su injusticia) se convierte en el núcleo fundamental del tipo. Incluso supone un plus respecto de la mera ilegalidad tal y como ha reiterado la jurisprudencia; *“con clara conciencia de arbitrariedad o ilegalidad en la misma”*¹²³.

Por otro lado, este plus justifica la dificultad de acudir al error previsto en el art. 14 CP. A mayor abundamiento, a los sujetos activos de estos delitos se les exige un determinado nivel de formación (art. 320.1) o bien la obligación es la de cerciorarse que aquellas decisiones que tomen se ajusten a la legalidad (320.2)¹²⁴.

En fin, *“aunque, como ya se ha dicho, la descripción típica solo admite dolo directo con exclusión del eventual, insito en el término “a sabiendas”, de lo ya expuesto se deriva que el acusado, teniendo conocimiento de que no podía actuar de la forma que lo ha hecho, decide arbitrariamente imponer su particular e ilegal punto de vista, lo que conlleva que su proceder quede integrado en el dolo directo de primer grado”*¹²⁵.

¹²³ STS de 28 de marzo de 2006.

¹²⁴ SAP Cádiz 12 noviembre de 2009.

¹²⁵ SAP Las Palmas de Gran Canaria 27 de enero de 2010.

X.3. Antijuricidad. Causas de justificación

La doctrina califica de improbable la aplicación, al tipo descrito en el art. 320 CP, de las causas de justificación de legítima defensa¹²⁶ o el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho¹²⁷. Es igualmente de difícil encaje el estado de necesidad¹²⁸.

X.4. Culpabilidad. Error de prohibición

En esta sede damos por reproducidos los pronunciamientos jurisprudenciales relativos al error de prohibición analizados con ocasión del art. 319 CP.

Nos interesa, sin embargo, completar lo que entonces se argumentó en relación con los supuestos en que los particulares alegaban falta de eficacia de la normativa aplicable. Y el complemento viene por la reflexión sobre aquellos supuestos en que es la Corporación que aprueba un determinado instrumento de planeamiento la que ahora alega falta de conocimiento en el proceso de otorgamiento de licencia, y de su normativa aplicable, porque aquella no llegó a publicarse.

En primer lugar es necesario acudir a los principios generales del derecho, (art. 1.3 Código Civil) entre otros, la seguridad jurídica, la buena fe, o la doctrina de los propios actos (art. 7 Código Civil) .

La ley establece el requisito de la publicación de las normas con una doble finalidad. De una parte, garantizar el principio de seguridad jurídica y evitar, por ende, que sus destinatarios se vean afectados por la aplicación de normas cuyo contenido o existencia se desconoce. De otro, posibilita la eficacia de la norma, pues la publicidad garantiza su conocimiento y por tanto el cumplimiento voluntario de la misma por la generalidad a la que va dirigida.

No tiene sentido, y resulta contrario al principio de buena fe y a la doctrina de los propios actos, que la falta de publicación de las normas sea alegada por la Administración que las conoce y aprueba como excusa para su inaplicación.

A modo de ejemplo, citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 28 de noviembre que en su FJ 3º indica que *“El Ayuntamiento no debería fundamentar inaplicación del Plan de 1986 en que el mismo no se ha publicado, ya que este defecto formal es atribuible a él, que conoce perfectamente el contenido de dicho Plan ya que ha nacido de su voluntad,*

¹²⁶ Art. 20.4 CP.

¹²⁷ Art. 20.7 C.P.

¹²⁸ Por lo que respecta al estado de necesidad, traemos a colación el ejemplo sugerido por TRENZADO ASENSIO: “debido a un cataclismo natural (terremoto, inundación, etc...), se hubiera destruido unón obligatoria, el Ayuntamiento resuelve con carácter urgente a favor de las correspondientes licencias para edificar una escuela publica sita en suelo no urbanizable “incompatible con la transformación” (antiguo art. 9.1 LRSV de 1998). Y así, edificada la escuela, se consigue comenzar a tiempo el curso escolar.”

y por tanto negar su aplicación sería tanto como ir contra sus propios actos. Debiendo precisar que la eficacia del Plan a través de su publicación tiene su verdadero contenido en el principio constitucional de publicidad de las disposiciones de carácter general. No es eficaz una disposición general que no sea conocida por sus destinatarios. Pues bien, esta razón de ser de la publicidad no alcanza al autor de la disposición ya que la conoce. Cuestión distinta sería que un tercero alegara este motivo impugnatorio; pero alegado sólo por la Administración autora del Plan no puede ser fundamento para eludir el cumplimiento de la normativa que ella mismo ha determinado sea de aplicación general en el Término Municipal". En idéntico sentido, la Sentencia del TSJA de 30 de septiembre de 2010.

Por último, resulta especialmente clarificadora la Sentencia del TSJ de Andalucía de 28 de septiembre de 2010, a cuya virtud: "Resulta totalmente desafortunada la conducta municipal respecto de una impugnación de licencia - que imputa que la misma no se ajusta al planeamiento existente al momento de la concesión - afirmando que no existe tal planeamiento porque el Plan General, que estaba aprobado, no se encuentra publicado, y es aplicable al futuro, que ni se encuentra aprobado definitivamente ni publicado. Esta afirmación por parte de la Administración sólo puede significar una cosa; no ha existido ni un control de legalidad urbanística respecto de la petición realizada, puesto que la Administración entre dos planes ineficaces escoge uno que es tan ineficaz como el otro, rechazando el que, al menos se encuentra aprobado, y es conocido por el Ayuntamiento".

Finalmente, la doctrina concluye que nos encontramos ante delitos de consumación instantánea; existen desde que se lleva a cabo la conducta típica, esto es, desde que se informa, se silencia, se oculta, se vota o se resuelve a favor.

X.5. Autoría y participación

Serán autores de la conducta típica del art. 320.1 los funcionarios públicos de las diferentes Administraciones territoriales que intervengan en el correspondiente expediente administrativo a través de la pertinente emisión del previo informe técnico/jurídico.

De otro lado, respecto de la modalidad omisiva, se reputarán autores a aquellos que tengan encomendadas labores de inspección urbanística (se ha denominado también "celador" tal y como recoge TRENZADO ASENSIO de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca, de fecha 26 de Junio de 2012. En los Hechos Probados recoge: "el acusado en tanto que celador municipal de obras del Ayuntamiento de Andratx en el momento de hechos (...) pese a su cargo y a sus obligaciones legales no solamente no realizó acto alguno tendente a impedir la edificación de la vivienda ilegal o su legalización si no que, omitiendo su obligación legal de perseguir obras ilegales y delictivas, llevó a cabo cuantos actos eran necesarios para posibilitar que los promotores realizaran y legalizaran su edificación ilegal.

La Ley de Disciplina Urbanística de 23-10-1990 (artículos 20 a 24) le exigía que como agente de la autoridad su función inspectora consistía en comprobar que la edificación y uso del suelo se ajusten al ordenamiento urbanístico..."

Por lo que respecta al art. 320.2, la redacción penal objetiviza la conducta de las Autoridades intervinientes en la última fase de resolución o votación.

Generalmente la conducta se atribuye con carácter primigenio al alcalde, salvo cuando el propio alcalde delegue aquella competencia, como con frecuencia sucederá a favor de la Junta o Comisión de Gobierno. En caso de delegación de esta competencia, ello deberá realizarse por Decreto del alcalde en el que deberá concretarse las facultades que se deleguen y las condiciones específicas de su ejercicio (art.44.1 ROF)¹²⁹.

El tipo del 320 admite las diferentes formas de participación de inducción, cooperación necesaria y de cómplice.

XI. PENOLOGÍA

Ambos artículos mantienen la misma penología: la pena establecida en el artículo 404 de este Código¹³⁰ y, además, la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.

ACALE SANCHEZ¹³¹, señala que debería haberse aprovechado la reforma, ya del 2010, para incluir en el art. 320 un nuevo número 3 en virtud del cual, se previera la prohibición de modificar la calificación urbanística del suelo afectado: si se establece dentro de los incendios forestales, también debe preverse en este caso¹³². Quizás esta medida sirva para desincentivar a los funcionarios públicos de actuar de forma contraria a los intereses colectivos.

Y terminemos recordando el principio *non bis in idem* respecto de lo dispuesto art. 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; no podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.

¹²⁹ TRENZADO ASENSIO, M.^a JOSÉ, “Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: La prevaricación urbanística”; Tesis Doctoral UPF/ANY 2012. La citada autora comenta acertadamente la Sentencia STSJ de Andalucía de 27 de septiembre de 1999, “que declaró la anulabilidad de una licencia otorgada por el alcalde de un municipio cuando este había delegado la competencia en la Comisión de Gobierno y en el Teniente de Alcalde, sin que constase que se hubiera revocado la delegación en la fecha en la que se dictó el acuerdo de concesión de licencia. No se incurrió en vicio de nulidad, porque la incompetencia no se calificó de manifiesta.”

¹³⁰ Pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años-

¹³¹ Cit.en TRENZADO ASENSIO, M.^a JOSÉ, “Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: La prevaricación urbanística”; Tesis Doctoral UPF/ANY 2012.

¹³² Art. 50 de la Ley 5/1999, de 29 de junio, de Prevención y Lucha Contra los Incendios Forestales

La pérdida total o parcial de cubierta vegetal como consecuencia de un incendio forestal no alterará la calificación jurídica de dicha superficie como terreno forestal.

XII. LA COMPLEJIDAD DE LOS ENTRAMADOS DE CORRUPCIONES URBANÍSTICA. OTROS DELITOS Y LA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS.

Por cuanto respecto al art. 320, de natural subsume conductas inmersas en tramas propias de entramados de corrupción urbanística.

Por ello será frecuente encontrar este tipo penal junto con otros, a saber;

- Fraude; STS de 24 de noviembre e 2015, *“El fraude, que consiste en un concierto de la autoridad o funcionario con los interesados o en el uso de cualquier otro artificio para defraudar a un ente público, constituye ordinariamente un medio o instrumento para la malversación, por lo que su relación punitiva es la de concurso medial. Si no se llega a consumir la malversación de caudales públicos, se sancionará exclusivamente el fraude. Si se consume la malversación a través del fraude, se sancionarán ambos en concurso medial.”*
- Estafa; Según reiterada jurisprudencia, los elementos que estructuran el delito de estafa son los siguientes: 1) la utilización de un engaño idóneo o bastante por parte del autor del delito, para producir un error esencial en el sujeto pasivo; 2) la acción engañosa debe preceder o concurrir al momento del otorgamiento del negocio jurídico, contrato o acto en virtud del cual se produce el acto de disposición en perjuicio propio o ajeno, siendo ello consecuencia del nexo causal entre el error consecuencia del engaño y el perjuicio subsiguiente; 3) debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero; 4) la conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro; 5) de ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa.
- La falsedad en documento público, etc.

De otra parte, los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo mantienen en muchas ocasiones una linde muy fina respecto de los tipificados en los arts. 325 y ss. Por ello, en ocasiones habría de determinarse la oportunidad de acudir a uno u otro tipo penal. Todo dependerá de la mayor lesión que se haya ocasionado a unos u otros bienes jurídicos.

Además, reiteramos que las Disposiciones Comunes (principalmente los arts. 339 y 340) habrían invocarse con mayor asiduidad por cuanto el problema ante una prevaricación urbanística no se resuelve en el territorio aunque se declare ésta por el Tribunal.

La magnitud de los entramados propios de corrupción urbanística, aboca, necesariamente, a largas instrucciones del proceso penal. Es por ello frecuente que se invoque por los acusados a la atenuante de dilaciones indebidas. La “dilación indebida” es, por tanto, un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional,

en sí mismo injustificado, y que constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable (así STC de 4 de junio de 1988 y STS de 14 de noviembre de 1994).

Los factores que han de tenerse en cuenta para apreciar la atenuante son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los autos de la misma naturaleza en igual período temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles (STS de 15 de enero de 2007). Por otro lado, se consideran atenuantes muy cualificadas aquéllas en las que el fundamento de la rebaja de la pena debe actuar con especial intensidad y, por ello, para apreciar la atenuante con el carácter de cualificada se requiere que concurren retrasos o paralizaciones en la tramitación de la causa de una intensidad extraordinaria y especial, esto es, ha de tratarse de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente (STS de 26 de septiembre de 2006, de 14 de julio de 2011, de 12 de junio de 2012, etc).

Finalmente, me gustaría terminar el estudio con la siguiente cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de Junio del 2012 *“Para la adecuada resolución del recurso conviene recordar que la disciplina urbanística trasciende de lo que pudiera considerarse un puro problema de construcciones y licencias a ventilar por los interesados con la administración. En el urbanismo se encierra nada más y menos, que el equilibrio de los ciudades y de los núcleos de población en general y como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellas viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tiene que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive. La humanidad, inmersa en sus exigencias respecto al modo de vivir de todos, al “habitat” de cada uno, que sin dejar de ser titular, de ese inmueble o parte de él, también afecta a todos los demás ciudadanos, ha tomado ya conciencia del problema. Todo ello exige unos planes y el sometimiento riguroso a unas normas. Con el sistema se pone en juego nuestro porvenir. Por ello es un acto muy grave que las normas que se han establecido pensando en la justicia, en la certeza y en el bien común, después, mediante actos injustos, se incumplan.”*

XIII. CONCLUSIONES

El TC definió el derecho de propiedad como un haz de facultades individuales sobre las cosas y como un conjunto de deberes y obligaciones establecido de acuerdo con las leyes, en atención a los valores o intereses de la colectividad, es decir, la finalidad o utilidad que cada categoría de objeto de dominio, está llamada a cumplir. Es por esto que la propia función social del derecho de propiedad sea el que limite la voluntad del propietario de construir donde y como quiera.

En su Sentencia 102/1995 especificó que dentro de los recursos naturales se incluía al conjunto cuyo soporte físico es el suelo y el subsuelo.

En el suelo en situación rural las facultades del derecho de propiedad incluyen las de usar, disfrutar y disponer de los terrenos de conformidad con su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales.

Ya mantuvimos que el suelo no urbanizable no puede tener un destino diferente al agrícola, al ganadero, cinegético, y en general, a aquel desvinculado de sus propios recursos naturales. Sin embargo también dijimos que lo anterior no exime de la posibilidad de edificar siempre y cuando se respete la anterior vinculación descrita, y se obtengan las pertinentes autorizaciones; así como que las excepciones observen todas las prescripciones de fondo y forma igualmente descritas en la legislación urbanística.

En los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo el bien jurídico protegido es la utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general; no exclusivamente la “normativa” sobre la ordenación del territorio. Ésta se convierte en mayor objeto de tutela a través de la protección penal del art. 320

En estos delitos existen dos cuestiones principales que integran el supuesto de hecho que precisan ser completadas por la normativa administrativa. Se trata de saber cuándo el suelo es no urbanizable y si son o no autorizables.

Se cuestionaba la doctrina si el órgano judicial penal puede acudir a normativa de cada Comunidad Autónoma como complemento de la ley penal. De otro lado también se discutía sobre la desigual integración del tipo; parte del sector doctrinal alertaba del riesgo del diferente tratamiento penal en función del lugar de comisión del delito.

La función que corresponde al Estado de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 149.1.1.^ª CE), no puede ser entendida de tal manera que vacíe de contenido las competencias que las Comunidades Autónomas asuman al amparo del art. 148 de la Constitución y de sus propios Estatutos de Autonomía la ausencia de una monolítica uniformidad jurídica no infringe necesariamente los arts. 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.^ª de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía.

De otro lado se ha discutido a cerca de la oportunidad de la remisión a normativa de rango legal o reglamentario siendo que el CP es aprobado con las garantías propias de las leyes orgánicas.

El TC ha concluido que no existe una reserva de ley orgánica para el complemento de las leyes penales en blanco. El reenvío a normas de rango inferior no tiene por qué suponer merma del principio de legalidad en la medida en que la configuración de los tipos penales en blanco es más adecuada para conseguir una mayor precisión en la definición del ilícito.

De otro lado, interesa señalar que el tipo penal descrito a través del art. 319.1 abarca aquellos supuestos en que el reconocimiento del valor distintivo del espacio lo procura una norma con rango de Ley, un reglamento, incluso un acto administrativo. Como indica la doctrina, la interpretación del objeto material en este delito deberá ceñirse estrictamente a la realizada por el derecho administrativo, y por tanto, con los requisitos que este sector del Ordenamiento exija. Por ello, podrían darse supuestos en suelo urbano sin que necesariamente haya de circunscribirse el art. 319.1Cp al suelo no urbanizable de especial protección.

Otra de las cuestiones abordadas que interesa destacar es la relativa a la falta de eficacia de la normativa no publicada; resultando, sin embargo que, como hemos visto, existen en nuestro Ordenamiento Jurídico, un sin fin de leyes sectoriales que igualmente se hacen eco de valores medioambientales, territoriales y urbanísticos que recogen y tutelan en su propia normativa. Son, en muchos casos, normas de aplicación directa en materia de urbanismo que constituyen un mecanismo que tradicionalmente se ha utilizado en la legislación urbanística española por el que se dota de un contenido mínimo y se fija el estatuto jurídico de la propiedad en las diferentes clases de suelo. Junto al cometido de suplir la posible ausencia (o, en su caso, ineficacia) de planeamiento, estas normas cumplen también una función de aplicación de carácter directo y prevalente sobre ordenación recogida en el Plan, en su caso.

En relación con lo anterior y al ocuparnos del error de prohibición, hemos profundizado sobre los supuestos en que se alega falta de publicación de la normativa aplicable y, en consecuencia, su falta de eficacia, para excluir la responsabilidad penal. Sin embargo, no tiene sentido, y resulta contrario al principio de buena fe y a la doctrina de los propios actos, que la falta de publicación de las normas sea alegada por la Administración que las conoce y aprueba como excusa para su inaplicación.

Respecto de la prescripción del art. 319, nos adherimos a la posición doctrinal la doctrina propone distinguir entre dos clases de delitos permanentes. De un lado, aquellos en los que una consumación prolongada entraña una mayor lesividad de la conducta y, de otro, infracciones en las que el paso del tiempo, con independencia de que formalmente siga realizándose el tipo, tiene como efecto que la conducta vaya perdiendo gravedad, es decir, sea percibida cada vez más como una situación que, pese a su ilicitud, ya se halla consolidada y no incrementa sus efectos lesivos.

En la actualidad resulta pacífica la aplicación por los jueces y Tribunales penales de la institución de la prescripción en este tipo de delitos. Desde el momento en que cesa la actividad lesiva (consumada de manera total o parcial en referencia al plan preconcebido) comienza el plazo del cómputo de la prescripción.

De otra parte, también nos hacemos eco de la doctrina según la cual, si las obras, los actos de construcción, etc., son llevados a cabo coetáneamente, aunque sean materialmente varios, existirá un único delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Ahora bien, en el momento en que exista un lapso temporal, se actúe bajo un plan preconcebido y efectivamente se realicen una pluralidad de construcciones, habría de estimarse la figura del delito continuado.

Sobre la pena, y las consecuencias accesorias, destacamos, de un lado, que la fijación de una cuota anormalmente baja sin justificación alguna tiene unos mecanismos depresores del efecto de la pena pueden eliminar todo rasgo de prevención general y especial y debe recordarse que él tiene medios suficiente como para permitirse una vivienda de recreo, aparte de la propia y que los hechos revelan una capacidad económica superior a la ordinaria

De otro, que la demolición, en sede penal:

1. No es una pena.
2. No es responsabilidad civil derivada del delito.
3. Es una consecuencia jurídica del mismo.
4. Se aplicará tanto a los supuestos del art. 319.1 como a los supuestos del art. 319.2.
5. Tendrá en cuenta:
 - La gravedad del hecho.
 - La naturaleza de la construcción.
 - La proporcionalidad de la medida en relación con el daño que causaría al infractor, en caso de implicarse sólo intereses económicos, verse afectados derechos fundamentales, como el uso de la vivienda propia, la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción;
6. Por regla general, deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad de rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración.
7. Se acordará, en todo caso cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial.
8. No caben referencias ni al principio de intervención mínima, ni al principio de proporcionalidad para eludir su aplicación.
9. No cabe, tampoco, abocar tanto el Acuerdo de demolición como la efectividad del mismo a la Administración Pública competente tras la declaración, probada, del ilícito penal.
10. No es factible por ello argüir la impunidad administrativa o desidia de los poderes públicos en su labor de policía urbanística para eludir la aplicación del art. 319.3.

Las únicas excepciones que contempla lo anterior son:

- Las mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa.
- Aquellas otras en que ya se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a norma la edificación o construcción.

En función de lo anterior, no cabe duda de la jurisprudencia que se está creando en este sentido.

Sin embargo, los constantes cambios de la normativa administrativa, soporte de estos delitos, dirigidas a regularizar situaciones ilegales en su origen, desvirtúan su fuerza. Muchas sentencias, bajo una interpretación a nuestro juicio errónea, evitan pronunciarse invocando el principio de intervención mínima; otras, a la vista de la posible regularización de la edificación, absuelven.

Ya dijimos que, desde nuestra experiencia, la “presencia del derecho penal”, cuanto menos, paraliza las actuaciones infractoras a corto plazo. No obstante, de la misma manera presumimos que dicha presencia, si no llega a hacerse efectiva, termina provocando efectos doblemente negativos a medio y largo plazo, esto es, genera en el infractor sensación de impunidad y en la comunidad desconfianza sobre su efectividad.

Por esto consideramos, tal y como hemos abordado en el presente estudio, que determinadas cuestiones deben discutirse en sede de ejecución de sentencia. En otros casos, eliminando la antijuricidad de ella conducta recurriendo a los extremos del estado de necesidad, si el casuismo lo posibilitara y forzamos interpretaciones normativas.

Respecto del delito tipificado en el art. 320 CP, destacamos que con anterioridad al Código Penal de 1995, los numerosos supuestos de conductas irregulares de los funcionarios y autoridades con competencia en materia urbanística eran castigados a través de la genérica figura de la prevaricación, si bien las notas diferenciadoras del 320 CP son:

- a) No se precisa que exista una resolución, bastando la emisión de un informe favorable para que se resuelva injustamente (o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, tras la reforma del CP por LO 5/2010 de 22 de junio) y
- b) El carácter pluriofensivo de los bienes jurídicos protegidos.

Se configura como un delito especial propio.

Las conductas típicas del art. 320 CP contemplan la acción y la omisión, ya que ésta última específicamente viene descrita en el tipo (requisito establecido en el art. 11 CP, comisión por omisión).

Incluye un especial elemento normativo “a sabiendas de su injusticia”, esto es, *“tiene que ser evidente, flagrante y clamorosa, de tal manera que se encuentre en insoportable contradicción con los mínimos esenciales de funcionamiento de los órganos administrativos”*.

Ahora bien, entendemos que no puede obviarse que, en el caso de Autoridades -representantes públicos- no podría invocarse desconocimiento de normativa aplicable, precisamente, por el deber de ser su garante.

Debería recurrirse a las Disposiciones Comunes (principalmente los arts. 339 y 340) por cuanto el problema ante una prevaricación urbanística no se resuelve en el territorio aunque se declare ésta por el Tribunal.

El Derecho Urbanístico puede resultar una materia compleja; más aún si se ejecutan actuaciones en fraude de ley que procuran, además de un resultado ajeno a la norma, tergiversar y confundir en el procedimiento establecido. Ante este planteamiento, sembrada la duda aparece la impunidad.

Si en un proceso penal, que se celebra transcurrido un tiempo desde la comisión del ilícito, se centra la litis en que ahora la edificación puede regularizarse, se generan dudas no sólo respecto del fondo del procedimiento en cuestión, sino sobre la necesidad de este tipo de delitos. El procedimiento pierde fuerza y no son pocos los supuestos, aún en la actualidad y pese a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en que los Tribunales que acuden al principio de intervención mínima para no entrar a enjuiciar casos que pivotan sobre edificaciones que, a beneficio del constante cambio de la legislación administrativa, a día de hoy podrían regularizarse.

Ahora bien, nótese que en todo momento nos referimos a “regularizar” la edificación pero nunca a “legalizarla”. Esto es, el delito existe así como el menoscabo al bien jurídico y el legislador, desde 1995, consideró lo suficientemente relevante como para incluirlo en el Código Penal y ofrecerle la tutela que le corresponde.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., “Los nuevos delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo”, ed. Bosch, Barcelona, 2011.

CABALLERO SALINAS, JM., “Los delitos urbanísticos tras la reforma5/2010”, ed. Aranzadi, PAMPLONA, 2014.

CARRILLO SÁEZ, ISABEL, “Ejecución de Sentencias Penales. Referencias a los distintos tipos de pena: su sustitución y su ejecución.” Murcia, 26 de septiembre de 2013

DIEZ RIPOLLÉS, JL., GÓMEZ-CÉSPEDES. ALEJANDRA., AGUILAR CONDE-. ARACELI “Los Merinos norte. Fenomenología de un macroproyecto urbanístico”, ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011.

GONZALEZ CUSSAC, J.L. “El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos”, 2a Ed., Valencia, 1997.

MANZANO MORENO, EC., “La ejecución penal. Estudio crítico y jurisprudencial sobre una materia relegada”, ed. Dykinson, Madrid, 2012.

MARTIN REBOLLO, L; “Comentario a las Leyes Administrativas”, ed. Aranzadi, Madrid, 2012.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, JOSE ANTONIO, “La protección penal del territorio y el urbanismo”; ed. Bosch 2015.

MORILLAS CUEVA, L. (dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, JM. (coord.), “Urbanismo y Corrupción Política (Una visión penal, civil y administrativa)”, ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2013.

MUÑOZ CONDE, F., “Derecho Penal. Parte Especial”, Valencia, 2010, p. 572.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Derecho Penal español. Parte especial”, Barcelona, 2010.

SÁNCHEZ ROBERT, MJ., “El delito urbanístico. Artículo 319 del Código Penal español”, ed. Dykinson, Madrid, 2014, p. 274.

TERRADILLOS BASOCO, J., MAPELLI CAFFARENA, B., “Las consecuencias jurídicas del delito”, ed. Civitas, Madrid, 1996.

TRENZADO ASENSIO, M.^a JOSÉ, “Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: La prevaricación urbanística”; Tesis Doctoral UPF/ANY 2012.

Informes

Fiscalía General del Estado en su Circular 7/2011.

Memoria 2014 (Ejercicio 2013) de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Andalucía