

CRISIS TÉCNICA DEL PODER LEGISLATIVO CONTEMPORÁNEO

COMO CAUSA DE CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO PENAL

Antonio Cardona Barber

1. INTRODUCCIÓN: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y SUS LÍMITES

El principio de legalidad penal impone el sometimiento pleno del Derecho penal a la ley, y, con ello, determina la reserva exclusiva de la ley en materia penal¹.

Por tanto (convenientemente) la costumbre, la analogía o la jurisprudencia, en nuestro sistema normativo, no son fuentes de Derecho penal. Ello, combinado con el imprescindible principio de separación de poderes, conlleva que el alcance e intensidad del marco del derecho penal español sea determinado por el poder legislativo. Ahora bien, esta competencia exclusiva no significa que deba tolerarse cualquier nueva ocurrencia legislativa. De hecho, existe un consenso doctrinal prácticamente unánime acerca de los límites del *ius puniendi* aceptándose que, en un Estado social y democrático de Derecho, la ley penal debe someterse, entre otros, a los principio de mínima intervención, proporcionalidad y exclusiva protección de bienes jurídicos².

1 Entre otros MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M, *Derecho Penal Parte General*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 109.

2 No puede negarse, no obstante, que durante los últimos años han ido apareciendo posiciones académicas de cierta marginación al concepto del bien jurídico protegido -en especial, la escuela de JAKOBS y su teoría de “protección de vigencia de la norma”-. No obstante, personalmente creo que la función principal del Derecho penal debe seguir siendo la protección de bienes jurídicos. Con esto no solamente se facilita la interpretación teleológica de los tipos penales -antijuricidad material del ilícito penal- sino, sobretodo, se limita la discrecionalidad del poder legislativo, al invitarle a buscar un interés o bien jurídico protegido que justifique la sanción penal. Entre otros ver GIMBERNAT ORDEIG en ROLAND HEFENDEHL (ed.) *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Como es de común conocimiento, el principio de intervención mínima o *ultima ratio* determina que el Derecho penal sólo debe intervenir para proteger los bienes jurídicos más importantes y fundamentales para el individuo o la sociedad -carácter fragmentario- y, únicamente, cuando los demás medios de tutela y sanción que pueda disponer un Estado de Derecho se revelen insuficientes para solucionar el problema -carácter subsidiario-³.

Asimismo, y vinculado inescindiblemente con el respeto de los derechos individuales en un Estado de derecho, el principio de proporcionalidad penal determina que las consecuencias legales del delito deben ser proporcionales a los hechos cometidos y, sobretodo, a las lesiones (efectivas o potenciales) del bien jurídico protegido.

En definitiva, cualquier extralimitación en la configuración de los tipos de prohibición que no respete la necesaria correspondencia con los principios limitadores enunciados supondrá restringir innecesaria e injustificadamente los derechos individuales de los ciudadanos.

2. CRISIS DE LA LEGISLACIÓN CONTEMPORÁNEA: DEFICIENCIAS DE FONDO Y DE FORMA EN LA LEY PENAL

En la Introducción de este estudio he procurado apuntar sucintamente algunos de los principios que deberían limitar el poder del legislador penal. Ahora bien, entre *el ser* y el *deber ser* de la norma penal el legislador disfruta de un amplio margen de disposición. De hecho, en los últimos años, el legislador español, amparándose en el argumento de ser el único representante de la voluntad popular, se ha permitido *manosear* el Código penal a su libre arbitrio. Éste, no se ha sometido a los principios de intervención mínima o proporcionalidad y, con ello, ha venido aprobado todo tipo de decisiones legislativas innecesarias, injustificadas y trufadas de oportunismo. De hecho, el actual Código penal español fue aprobado en el año 1995 y ya cuenta con más reformas que años de vigencia, reformas que, recurrentemente, han servido para tipificar cada vez más delitos y aumentar progresivamente las penas de los tipos ya existentes.

Algunos autores han encontrado la explicación de esta dinámica legislativa en el fenómeno del populismo punitivo, el cual, puede entenderse a partir de la suma de tres factores interdependientes: (i) unos medios de comunicación que han descubierto la *explotación* de la noticia criminal, cuanto más

3 Por ejemplo ver Mir PUIG, S, *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2016, p.128.

penosa mejor, como método de competencia audiovisual; (ii) una opinión pública sensible y permeable a cada nuevo escándalo televisivo, que exige indignada soluciones; y, (iii) un poder legislativo irresponsable que, a la luz de todo lo anterior, decide satisfacer las exigencias de los ciudadanos tipificando nuevos delitos y agravando las consecuencias jurídicas de los tipos (cual solución mágica se tratara)⁴. En este tema considero que falta pedagogía jurídica y sobra mucha demagogia⁵.

La última reforma del Código penal, del año 2015, ha sido un claro ejemplo de lo explicado hasta aquí: populismo punitivo materializado en norma positiva. De hecho, comparto plenamente la valoración crítica de sesenta catedráticos de Derecho Penal, de treinta y tres universidades, que, de forma expresa, han tachado esta reforma de oportunista y demagógica, señalando de modo contundente que “las reformas propuestas, además, beben político criminalmente de las peores fuentes del siglo XX, de las corrientes más reaccionarias, más autoritarias, de aportaciones en suma que han sido por todos denostadas⁶”.

Son ejemplos de lo anterior la introducción de la prisión permanente revisable (triste eufemismo de la cadena perpetua, consecuencia jurídica proscrita en el artículo 25.2 de nuestra Constitución⁷); el retorno -al menos parcialmente- a las medidas de seguridad predelictuales (en ocasiones, para determinar la gravedad de la medida, se valora tanto la peligrosidad del autor como la gravedad de los delitos que todavía no se han cometido⁸); y, la transformación de las faltas penales en delitos leves o menos graves, incrementándose con ello sus consecuencias penológicas en todos sus

4 En este sentido, hace casi veinte años que QUINTERO OLIVARES publicó las siguientes palabras, las que, siguen estando de tremenda actualidad: “(...) lo cierto es que se percibe una constante demanda de reformas, ampliaciones, nuevas tipificaciones del número de amenazas penales que contienen las leyes. Esa huida sistemática al derecho punitivo como *refugium peccatorum* sólo puede explicarse como modo demagógico de satisfacer a la llamada opinión pública, mientras que se desprecia o ignora que el grado de ineficacia consustancial al sistema penal resultará más patente y lamentable conforme se haga crecer el marco de tareas que se le asignan”: QUINTERO OLIVARES, G, *La Justicia Penal en España*, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 35 y 36.

5 En términos prácticamente idénticos DEL MORAL GARCÍA, A, “Justicia Penal y Corrupción. Análisis singularizado de la ineficiencia procesal”, en CASTRO MORENO, A / OTERO GONZÁLEZ, P (directores) VALENTINA GRAFFE, L (Coordinadora) *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 56.

6 Manifiesto consultado en fecha 24 de junio de 2017 en el siguiente enlace electrónico: <http://www.ub.edu/dpenal/recursos/TEXT0%20FINAL2.pdf>

7 “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”

8 Por ejemplo, el nuevo artículo 57 del Código penal permite imponer medidas de seguridad solamente “atendiendo al peligro que el delincuente represente.”

tramos así como sus plazos de prescripción.

A mayor abundamiento, el problema no acaba con todo lo anterior. Si ya de por sí es grave que el legislador penal, con fines puramente electoralistas, no respete los principios de *ultima ratio* o proporcionalidad, y utilice el Derecho penal para solucionar problemas que podrían ventilarse en otras instancias menos gravosas para el ciudadano, se da la circunstancia de que parte de la nueva legislación penal, además de oportunista e injustificada, infringe las exigencias materiales del principio de legalidad, e incumple la necesaria e inescindible dotación de taxatividad y claridad en la configuración de la norma penal. Esto, sin duda, ha revelado un problema adicional, a saber: el flagrante déficit técnico del poder legislativo contemporáneo, el cual, en los últimos tiempos, y entre otras cuestiones, ha venido abusando de términos ambiguos en la redacción de los tipos penales, remisiones normativas con indefiniciones del tipo material de injusto, solapamientos de delitos con leyes extrapenales que propician escenarios de *non bis in idem*, y, concursos normativos que propician una indeseable y flagrante inseguridad jurídica⁹.

Por ejemplo, es cierto que las sociedades modernas han asumido nuevos intereses colectivos dignos de protección penal, como por ejemplo el medio ambiente o la ordenación territorial. Ahora bien, la técnica legislativa utilizada para dar forma a la expansión del derecho penal se ha materializado de forma descuidada. Un campo abonado a lo que aquí estoy apuntando lo encontramos en aquellos ilícitos penales que tienen su reflejo en normas administrativas sancionadoras, donde los espacios de solapamiento entre infracciones de ambos ordenamientos, por culpa de carencias técnico-legislativas, es habitual. Un caso paradigmático de lo aquí señalado es el delito urbanístico. Actualmente, exactamente la misma conducta, edificar una construcción no autorizable en suelo clasificado como no urbanizable (sin importar el volumen de la construcción y sin atender a la calificación del suelo), es una acción que tanto puede subsumirse literalmente en el artículo 319.2 del Código penal como, perseguirse por medio de un procedimiento administrativo sancionador. Esta cuestión la desarrollaré más pormenorizadamente en el punto cuarto de este estudio.

Las carencias técnicas del legislador penal contemporáneo también han sido duramente señaladas por los autores críticos con la última reforma del Código penal, afirmándose que ésta

9 Lejos queda la visión de GUSTAV RADBRUCH cuando afirmaba, en su conocida *Filosofía del Derecho* que el objetivo primario del Derecho no era la Justicia, sino garantizar la Seguridad Jurídica. Pueden ampliarse estas cuestiones en Hans Welzel, "Derecho natural y positivismo jurídico", en *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2013.

“evidencia una enorme pobreza técnica, lo que se ha puesto de relieve por los juristas que han informado ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. Así, y paradójicamente, en unos tiempos en los que la calidad de la doctrina penal española está en uno de sus mejores momentos históricos, el Gobierno da a luz una pésima legislación de la mano de ignotos asesores. Lo anterior es lo que, seguramente, explica el que se hayan introducido en el texto de la reforma preceptos que superan la Constitución, pero no solamente por sus propuestas de fondo sino también por el deliberado y constante uso de términos ambiguos en la redacción de las normas, lo que compromete seriamente exigencias básicas del principio de legalidad penal¹⁰.”

Ante esta penosa situación algunos autores, como DIEZ RIPOLLÉS, han empezado a reivindicar la necesidad de sentar las bases de la ciencia de la legislación penal como paso previo a conseguir “sacar las leyes penales del conyunturalismo que ahora padecen y reintegrarlas al campo del debate racional¹¹.” Ahora bien, no podemos confundir nuestros bienintencionados deseos con la realidad legislativa contemporánea. Las iniciativas emprendidas por autores como el precitado puede que den sus frutos dentro de varios años, y, con ellos, se consiga construir un método ordenado y racional que asegure una legislación penal respetuosa con los principios informadores y limitadores que deben exigirse en un Estado social y democrático de Derecho. Pero, hasta entonces, no podemos conformarnos sin más con la realidad legislativa que nos ha tocado padecer.

Afortunadamente, hace ya tiempo que superamos la antigua prohibición de interpretar judicialmente de las leyes¹², y, actualmente, se entiende que la voluntad de la Ley o *mens legis* prevalece a la voluntad del legislador o *mens legislatoris*¹³. Es decir, el texto legal, una vez publicado,

10 Manifiesto consultado en fecha 24 de junio de 2017 en el siguiente enlace electrónico: <http://www.ub.edu/dpenal/recursos/TEXTO%20FINAL2.pdf>

11 Por ejemplo ver DIEZ RIPOLLÉS, J.L. *La racionalidad de las leyes penales*, editorial Trotta, Madrid, 2003. En esta obra el autor, además de criticar la dinámica legislativa penal de los últimos años, argumenta, de forma muy inteligente y oportuna, que deberían recuperarse las tradiciones ilustrada y codificadora, las cuales, consideraban que el principal objetivo de los juristas era asegurar la racionalidad de las leyes.

12 Los pensadores ilustrados del siglo XVIII, entre ellos el gran CESARE BONESANA, MARQUÉS DE BECCARIA, se preocuparon intensamente de la arbitrariedad judicial como problema a eliminar, proponiendo para ello la prohibición de interpretación legal. Si bien esta barroca prohibición está superada, algunos de sus postulados han quedado, afortunadamente, con nosotros, como por ejemplo la prohibición de interpretación analógica contra reo o la utilización de la costumbre en Derecho penal. Para ampliar estas cuestiones puede verse ÁLVAREZ GARCÍA, J. *Tratado de los delitos y las penas. Introducción*, editorial Comares, Granada, 1996.

13 Entre otros LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal Parte General*, editorial Dykinson, Madrid, 2011, p.34.

debe ser interpretado mediante alguno de los métodos permitidos en Derecho, siendo especialmente relevante, para lo que aquí nos importa, la interpretación teleológica de la norma, método permitido por el artículo 3.1 del Código civil (precepto donde se afirma que la interpretación de las normas se hará fundamentalmente atendiendo al espíritu y finalidad de aquella).

Es decir, en ocasiones, los académicos y estudiosos del Derecho pueden (y deben) proponer interpretaciones de la norma alternativas a la primaria voluntad del poder legislativo, más acordes con los principios constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico. Finalmente estas propuestas llegan a los Jueces y Tribunales, los cuales, ayudados por la teoría del bien jurídico protegido, o finalidad protectora de la norma, pueden restringir el tipo de injusto, cuya interpretación literal, a consecuencia del déficit técnico del poder legislativo, o de la demagogia y oportunismo criticada, habría obligado la sanción penal de una acción carente de potencialidad lesiva o, quizá, impuesta una pena totalmente desproporcionada en relación al hecho cometido.

3. LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO: EN ESPECIAL LAS CAUSAS DE ATIPICIDAD PENAL

Hasta aquí hemos señalado que la experiencia ha demostrado un actuar del poder legislativo deficiente. Como hemos dicho, en nuestro país se dan propuestas legislativas demagógicas y oportunistas, cuya única finalidad pasa por la satisfacción temporal (al menos hasta el siguiente escándalo judicial televisado) de la opinión pública, tipificándose cada vez más delitos y aumentando las penas de los ya existentes. De hecho, actualmente podemos presumir de una de las legislaciones penales más punitivas de nuestro entorno aún gozando de una de las tasas de delincuencia más bajas¹⁴. Asimismo, y a mayor abundamiento, a menudo, las reformas operadas en Código penal de la democracia se han realizado de forma despreocupada con los principios constitucionales. Incluso, éstas, se han llevado a cabo con graves deficiencias técnico-legislativas, contrarias a la seguridad jurídica de la norma.

Ante este escenario, en ocasiones, los jueces y tribunales (habitualmente más responsables con los principios constitucionales y más preparados técnico-jurídicamente que los miembros del poder legislativo) han dictado sentencias bajo la luz de interpretaciones alternativas a la subsunción literal del

¹⁴ <http://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/estad%C3%ADsticas-criminalidad-espa%C3%B1a-2016> (enlace consultado en fecha 25 de junio de 2017).

hecho, dando lugar con ello a una redefinición (normalmente restrictiva) de los tipos de injusto. Este proceder también puede definirse como la “creación judicial del Derecho penal”.

No obstante, antes de seguir, tengo que insistir en la siguiente premisa: el principio de legalidad en el Derecho penal conlleva que la única fuente de la norma penal sea la Ley, y, por tanto, el único poder competente para llevar a cabo reformas del Código penal es el poder legislativo. Es más, el artículo 4.3 del Código penal señala claramente que los jueces deben ejecutar la sentencia en todo caso, aunque consideren que estén castigando una acción u omisión que no debiera serlo¹⁵.

Es decir, el principio de *última ratio* está dirigido constitucionalmente al poder legislativo y, por ende, no constituye un instrumento de interpretación aplicativa de la norma penal utilizable por los jueces. Por tanto, los jueces no pueden acudir de forma directa al principio de intervención mínima para descartar la aplicación del tipo penal a una determinada conducta porque consideren que ésta constituye una acción lesiva insignificante o simplemente porque en términos de oportunidad valoren la no oportunidad de la sanción penal. Debemos recordar que nuestro sistema normativo no contempla cláusulas de oportunidad judicial que permitan a los jueces decidir el archivo de la causa en base a posibles causas de insignificancia de la conducta, más allá de la posibilidad prevista, supeditada a la solicitud del Ministerio Fiscal, en el enjuiciamiento de algunos delitos leves¹⁶. Insistimos, si la conducta es típica, antijurídica y el sujeto culpable, el juez deberá proceder en consecuencia.

Por ende, a priori, la expresión “creación judicial del Derecho” podría tacharse por parte de los seguidores de las teorías proteccionistas de la vigencia de la norma, como de un absurdo oxímoron. Ahora bien, como ya he señalado más arriba, las normas penales, una vez publicadas y dotadas de vigencia, tienen que ser objeto interpretación judicial. Es aquí donde los jueces y tribunales, dotados de los instrumentos doctrinales elaborados a través de años del estudio dogmático de la ciencia penal, pueden modificar el alcance de los tipos penales, recortándolos a la luz del principio de exclusiva

15 Artículo 4.3 del CP: “Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”.

16 La posibilidad de proceder al archivo, previa solicitud del Ministerio Fiscal, prevista en el artículo 963 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los delitos leves, ha sido introducida en nuestro ordenamiento jurídico mediante la última reforma de la Ley procesal penal, acontecida mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. De todos modos, debe reconocerse que en el ámbito de la justicia penal del menor está prevista la posibilidad de que el Ministerio Fiscal desista de la instrucción por motivos de oportunidad cuando se trate del enjuiciamiento de determinados delitos leves o menos graves.

protección de bienes jurídicos, que lleva a manejar el bien jurídico como elemento interpretativo. Esta acción, al final, crea el Derecho penal judicial y dota al sistema de las comúnmente conocidas como **causas de exclusión de la tipicidad penal**.

Antes de seguir debo hacer una serie de afirmaciones relativas a las causas de exclusión del tipo que convengo necesarias. Tal y como defiende parte de la Doctrina, como LUZÓN PEÑA, o DIEZ RIPOLLÉS, éstas no son causas de justificación de la acción. La discusión particular de esta cuestión tiene fundamento dentro de la discusión más general de la teoría de los elementos negativos del tipo como sistema de referencia y utilidad. Esto es, si aceptamos que la tipicidad es la *ratio essendi* de la antijuricidad, una causa de atipicidad comportará la exclusión tanto de la tipicidad estricta como de la antijuricidad¹⁷. No obstante, no es este el modelo seguido aquí. Personalmente, tanto por razones dogmáticas como utilitarias o funcionales, considero más correcta la estructura de la teoría del delito donde la tipicidad es la *ratio cognoscendi* o indicio de la antijuricidad y, por ello, entiendo que las causas de atipicidad se diferencian de las causas de justificación en que las primeras comportan la inexistencia de conducta penalmente relevante y, las segundas, justifican en Derecho una acción indiciariamente antijurídica, al haberse consumado el tipo¹⁸. Adicionalmente, lo anterior comporta que, cuando estemos ante una causa de atipicidad, no habrá delito, pero la acción puede seguir siendo antijurídica (en el sentido de acción apuesta al ordenamiento jurídico general) y, por ello, en algunos casos ser objeto de sanción en un orden jurisdiccional distinto al penal¹⁹.

Al final, la peligrosidad de una determinada acción en relación a un determinado bien jurídico debe medirse en términos normativos de antijuricidad y de idoneidad en atención al fin de protección de la norma. Es decir, no es suficiente con la antijuricidad formal de la conducta para que la acción sea subsumible en el marco de protección de la norma. Si el hecho que sea objeto de apreciación judicial

17 También en estos términos se expresa DE LA CUESTA AGUADO, *Tipicidad e Imputación Objetiva*, Editorial Tirant Lo Blanc, Valencia, 1996, p. 65.

18 Por ejemplo, en LUZÓN PEÑA, D, M, y MIR PUIG, S, (coordinadores), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 15, puede leerse que “LUZÓN PEÑA, sobre causas de atipicidad y causas de justificación mantiene que junto a las auténticas causas de justificación hay en efecto causas de exclusión sólo del injusto penal, a las que, siguiendo planteamientos avanzados ya en algunos trabajos anteriores, denomina causas de atipicidad penal o de exclusión (solo) de la tipicidad penal”.

19 Imagínese, por ejemplo, el sujeto que construye una edificación no autorizable en su huerto, destinada a la caseta del perro, que se alza en suelo no urbanizable. Esta acción formalmente cumpliría con el tipo de injusto del delito urbanístico, no obstante, quizá por su escaso volumen, y su nula capacidad de lesionar el bien jurídico, deba decidirse atípica materialmente. En ese supuesto la misma acción cabría ventilarse en un procedimiento administrativo sancionador, al constituir aquella acción, en todo caso, una infracción antijurídica urbanístico-administrativa.

no es susceptible de lesionar el bien jurídico protegido por la norma no puede sancionarse penalmente, amén del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o de exigencia de antijuricidad material en la conducta infractora. Es decir, el bien jurídico protegido forma la base de interpretación de los tipos penales y sirve para limitar el Derecho penal decidido por el legislador, supeditando su voluntad a la efectiva lesión de aquél y vinculada a la jerarquía de los valores protegidos por la Constitución.

En definitiva, no toda alteración perjudicial para un determinado interés social, en tanto que interés valorado positivamente, resulta relevante para el Derecho Penal, sino sólo aquéllas que vengan dadas por un comportamiento relevante y potencialmente dañino en relación al bien jurídico protegido por la norma penal.

Así, actualmente, tal y como señala MIR PUIG, es posible considerar la falta de tipicidad penal mediante una interpretación restrictiva que “excluya la conducta del tipo pese a caber literalmente en ella²⁰”. También DE LA CUESTA AGUADO recuerda que podemos encontrarnos con conductas que, pese a ser formalmente típicas, no deben sancionarse penalmente al no contar con la suficiente lesividad material²¹. Es decir, es posible que unos determinados hechos encajen en la redacción literal del tipo penal, pero, que aún así, no lesionen el bien jurídico protegido por la norma y, por tanto, no puedan subsumirse judicialmente en el tipo penal. En este contexto, los ejemplos jurisprudenciales de exclusión de la tipicidad más comunes los encontramos en las teorías de los **actos insignificantes** o de bagatela, y, los **actos adecuados socialmente**. En lo sucesivo les dedicaré algunas notas y ejemplo prácticos por separado:

La teoría de los actos insignificantes, concebidos inicialmente por CLAUS ROXIN como causa de atipicidad penal, significa que no deben considerarse relevantes penalmente aquellas acciones menores o de bagatela, que, aún encajando formalmente en el tipo penal, su capacidad lesiva o grado de *injusto sea mínimo*²². Por tanto, presupuesto necesario antes de decir la atipicidad de la conducta por insignificante será la búsqueda teleológica del bien jurídico protegido por el delito singularmente considerado. En ocasiones ello no presenta grandes dificultades. Así en los delitos de tráfico de drogas se protege la salud pública, y, por ello, encontraremos en nuestra base jurisprudencial recurrentes

20 Mir PUIG, S, *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2016, p.170.

21 DE LA CUESTA AGUADO, *Tipicidad e Imputación Objetiva*, Editorial Tirant Lo Blanc, Valencia, 1996, p. 64.

22 LUZÓN PEÑA, en LUZÓN PEÑA, D, M, y MIR PUIG, S, (coordinadores), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 28.

resoluciones determinando que la droga vendida, por su cantidad, o por su pureza, era insignificante, determinándose la atipicidad por nula capacidad lesiva de la conducta²³.

En otros casos la exégesis es más compleja. Por ejemplo, en los delitos de falsificación documental podemos encontrar sentencias excluyendo la antijuricidad material de la conducta al haberse realizado una acción insignificante, a saber, la falsificación burda e inadecuada para lesionar el bien jurídico protegido de un documento, aun existiendo dolo de engaño²⁴. También, entre otros, en el delito de impago de pensiones podemos encontrar sentencias donde los jueces han decidido la atipicidad de la conducta en base a los principios de bagatela, al no lesionar el bien jurídico protegido el impago parcial de la deuda²⁵.

En resumen, la idea que subyace es que, aunque nos encontremos ante conductas que formalmente pudieran colmar el tipo de injusto, sirviéndonos de una interpretación teleológica del bien jurídico protegido, y en el marco de las teorías de acciones insignificantes, podríamos determinar la atipicidad de aquélla por nula -o prácticamente nula- capacidad lesiva. De todos modos, albergo una opinión crítica respecto al *abuso* jurisprudencial de las técnicas de absolución penal por ausencia de

23 Por ejemplo, en la STS 1889/2000 de 11 diciembre 2000, puede leerse lo siguiente: “Alega el recurrente que los hechos declarados probados no reúnen las exigencias del tipo, ya que la insignificancia de la cantidad de droga vendida (0'02 g de cocaína de pureza media) no es compatible con un verdadero riesgo para la salud de una persona, según la doctrina jurisprudencial. El motivo debe estimarse. En efecto, (...), esta Sala Segunda viene también declarando incluso en casos de tráfico que cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo por el bien jurídico protegido en el tipo. En tal sentido las SS 12 Sep. 1994 (0'04 g y 0'05 g de heroína); 28 Oct. 1996 (0'06 g de heroína); y 22 Ene. 1997 (0'02 g de heroína). Como declara la S 28 Oct. 1996 “el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal”. En este caso la cantidad de droga vendida (0'02 g de crack) es tan pequeña que en caso de ingesta carece de incidencia alguna para la salud de quien la toma, por lo que la acción, aun siendo típica y por tanto formalmente antijurídica, carece de antijuridicidad material por inocua para poner en riesgo el bien jurídico de la salud humana”.

24 Por ejemplo, en la STS de 9 de marzo de 1995 puede leerse lo siguiente: “en principio, tiene razón el Abogado del Estado recurrente porque el documento fue resultado de una foto composición, objetivamente apócrifo y de una mendacidad absoluta, extendido con abuso de oficio, e inspirado, sin duda, en dolo o intención falsaria; sin embargo, no aparece en él esa nota de antijuridicidad material expresada en el perjuicio real o potencial, su aptitud para incidir en el tráfico jurídico”.

25 Por ejemplo, en la SAP Barcelona, de fecha 22 de junio del 2006, puede leerse lo siguiente: “sólo revestirán el contenido de antijuricidad material que subyace al tipo de referencia aquellas conductas objetivamente adecuadas para poner en peligro las mencionadas condiciones materiales de vida digna (SSAP Madrid 30 julio 2001; Córdoba 24 marzo 2003 y 4 septiembre 2003; y Málaga 2 septiembre 2003). En este contexto, es evidente que la omisión durante dos meses por parte de la Sra. Filomena del abono al Sr. Octavio de cincuenta euros de un total de ciento ochenta no constituye un riesgo para las condiciones materiales de vida digna del segundo lo suficientemente significativo como para considerarlo típicamente relevante. Máxime cuando, como ha quedado plenamente acreditado, la Sra. Filomena había venido proveyendo adicionalmente al Sr. Octavio de ciertas cantidades de dinero y alimentos”.

antijuricidad material de la acción, aceptable sólo de forma excepcional en supuestos evidentes de irrelevancia penal²⁶. De hecho, creo que esa forma de entender el Derecho penal en ocasiones puede ser contraria al principio de legalidad al desconocer el mandato expreso contenido en el artículo 4.3 del Código Penal. Es decir, solamente cabe decidirse judicialmente atípica una conducta cuya relevancia material sea prácticamente inexistente. Lo contrario, asumir la falta de tipicidad de una acción que sí tenga (aunque reducida) capacidad lesivo-jurídica, significaría arrogarse el instrumento de intervención mínima en sede judicial, algo que, tal y como hemos señalado más arriba, atenta al orden de distribución de poderes constitucionales.

Un segundo grupo de causas de atipicidad podríamos encontrarlo en las llamadas acciones adecuadas socialmente o actos neutrales. Éstas actúan como bases interpretativas de los delitos de modo que solamente encajará en ellos aquella conducta socialmente inadecuada. Al final, lo que conlleva la teoría de la adecuación social es que una conducta indiciariamente típica se decida atípica por su buena consideración social, al entenderse adecuada o necesaria socialmente²⁷.

Por ejemplo, podemos encontrar sentencias donde se decide que la conducta del abogado, o el asesor jurídico, aún relacionado en una trama de blanqueo de capitales o defraudación tributaria mediante la constitución de sociedades mercantiles interpuestas, puede resultar adecuada socialmente (al menos en términos generales) y, con ello, constituir un acto neutral atípico penalmente²⁸.

26 Por ejemplo, en la reciente SAP Badajoz, 77/2015, de 26 de marzo, se absuelve al constructor de unas obras no autorizables en suelo no urbanizable atendiendo únicamente a motivos de antijuricidad material.

27 LUZÓN PEÑA, en LUZÓN PEÑA, D, M, y MIR PUIG, S, (coordinadores), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 30.

28 Por ejemplo, en la SAN 19/2016, de 5 de julio, podemos leer lo siguiente: “Las resoluciones 597/2014 de 30 de julio; y 942/2013, analizan la cuestión de la tipicidad de los llamados actos neutrales, según la cual, “se trata de conductas causales desde un punto de vista natural, pero que, en tanto que pueden estar amparadas en su adecuación social, pueden no suponer un peligro (o un aumento del peligro) jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, y, en esa medida, no resultar típicos”. (...), la distinción entre los actos neutrales y las conductas delictivas de cooperación puede encontrar algunas bases en los aspectos objetivos, especialmente en los casos en los que la aparición de los actos, aparentemente neutrales, tiene lugar en el marco de conducta del tercero, en la que ya se ha puesto de relieve la finalidad delictiva. Dentro de estos aspectos objetivos se encuentra no solo la conducta del sujeto, aisladamente considerada, sino también el marco en el que se desarrolla, y el conocimiento que el sujeto tenga de dicho marco. Pues resulta difícil disociar absolutamente aquellos aspectos objetivos de los elementos subjetivos relativos al conocimiento de que, con la conducta que se ejecuta, que es externamente similar a otras adecuadas socialmente por la profesión o actividad habitual de su autor, se coopera a la acción delictiva de un tercero. (...) también ha analizado la jurisprudencia la relación de los “actos neutros” y la constitución de sociedades. Así, la STS 974/2012, dice que: “El asesoramiento prestado por Abogados en la constitución de sociedades para llevar a cabo una inversión en bienes inmuebles es una actividad neutral desde un punto de vista penal. La constitución de sociedades de responsabilidad limitada para detentar inmuebles, aunque estas se encuentren a su vez participadas por otras de nacionalidad extranjera, no constituye por sí mismo delito alguno, al no tratarse de un sistema encaminado a la comisión de delitos, sino de una posibilidad que se le ofrecía al cliente o que éste solicitaba por las ventajas mercantiles y fiscales que

También considero que a la luz de la adecuación social, podrán considerarse atípicas, entre otras, conductas como las lesiones imprudentes en el transcurso de una práctica deportiva (conjugando además la casuística jurisprudencial en relación a la teoría del riesgo asumido, que halla el fundamento de la impunidad en el consentimiento prestado explícitamente en caso de lesiones durante el ejercicio de deporte); el moderado bofetón del padre al hijo como correctivo educacional muy ocasional; la restricción de libertad ambulatoria en el transcurso de un desplazamiento en transporte público (es comprensible que el usuario no pueda exigir bajar del autobús en cualquier lugar del camino); o, entre otros, la responsabilidad penal del médico por las lesiones imprudentes producidas en el transcurso de un intervención médico-necesaria.

Igualmente, un caso especialmente controvertido es la aceptación de regalos por parte de funcionarios públicos. Parte de la doctrina entiende su posible atipicidad por constituir un acto neutral aceptado socialmente, que, de contrario, consumaría el tipo de cohecho²⁹. Por ejemplo, BLANCO CORDERO defiende que “no parece de recibo una interpretación textual del precepto que castigue la aceptación por el funcionario de cualquier obsequio, por insignificante que sea. No es admisible desde el punto de vista del carácter fragmentario del Derecho penal y del principio de intervención mínima. Es evidente la necesidad de establecer límites, porque existen determinados regalos de cortesía que están socialmente admitidos (adecuación social) y que parece conveniente dejar al margen de la intervención penal³⁰”.

No obstante lo anterior, considero que, en estos casos, si el regalo o presente se hace en

su utilización podía comportar. En estos supuestos es necesario comprobar que la acción de colaboración tenga un sentido objetivamente delictivo y que ello sea conocido por el que realiza una acción que, en principio, es socialmente adecuada”.

29 La doctrina ha estimado que el delito de cohecho consta de dos categorías: el cohecho activo -en el cual el protagonista es un sujeto común- y el cohecho pasivo -cuyo autor será funcionario o autoridad pública-. A su vez, el cohecho pasivo comprende cuatro formas distintas, a saber: (i) el que tiene por objeto un acto contrario a los deberes inherentes al cargo público, tipificado en el artículo 419 del Código y conocido como cohecho pasivo propio; (ii) el cohecho que compromete un acto inherente al cargo público, previsto en el artículo 420 del Código penal y conocido como cohecho pasivo impropio; (iii) el que busca un beneficio por un acto administrativo previamente realizado, dispuesto en el artículo 421 del Código penal y conocido como tipo de cohecho subsiguiente o de recompensa, y; (iv) el cohecho que pasa por la obtención de beneficios por la simple consideración al cargo público, previsto en el artículo 422 del Código penal y conocido como el tipo de cohecho de facilitación. Asimismo, el delito de cohecho activo persigue la conducta del particular, sujeto común, que ofrece o entrega algún tipo de retribución al funcionario para que éste consuma cualquiera de las formas del cohecho pasivo.

30 BLANCO CORDERO, I, *Regalos y corrupción: sobre la punibilidad de las invitaciones a empleados públicos para asistir a espectáculos y otros eventos* en La Ley Penal, Nº 113, Sección Estudios, Marzo-Abril 2015, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 3394/2015).

consideración al cargo del empleado público se está lesionando el bien jurídico protegido, a saber, el correcto funcionamiento del Sector Público para que éste pueda servir con eficacia y objetividad a los intereses generales que la Constitución española le obliga respetar³¹. Igualmente, considero que no estamos aquí realmente ante actos “adecuados” socialmente (que permitirían la atipicidad de la conducta), sino que estamos ante actos “tolerados” socialmente, cuya virtualidad en nada debe afectar a la potencial lesión del tipo penal. En efecto, en ocasiones la sociedad tolera actuaciones antijurídicas, al considerarlas habituales, como la defraudación tributaria menor (hay cierta tolerancia social ante las conocidas facturas en negro sin IVA), el consumo de drogas blandas (hay cierta tolerancia social ante cultivos de plantas de marihuana); o, entre muchas otras, los regalos a empleados públicos en fechas señaladas (el presente en navidad).

Todas estas conductas, a diferencia de las acciones consideradas adecuadas socialmente, no reportan, a priori, ningún beneficio social que deba ser permitido y asumido por el Derecho penal. En estos campos, si el legislador penal ha decidido su tipificación como delitos, la jurisprudencia no debería salvarlos con el argumento de acto neutral socialmente. De todos modos, lo anterior no significa que siempre deba resolverse su tipicidad: todavía podría acudir, en su caso, al principio de insignificancia material si se dieran los presupuestos señalados anteriormente.

Un ejemplo paradigmático de todo lo explicado hasta aquí lo encontramos en el delito urbanístico previsto en el artículo 319 del Código penal, precepto que, atendiendo a su relevancia con las cuestiones de las deficiencias técnico-legislativas contemporáneas, y las causas de atipicidad penal, he decidido dedicarle el siguiente apartado de forma individual.

4. EL CASO PARADIGMÁTICO DEL DELITO URBANÍSTICO

El artículo 319 del Código penal tipifica el delito urbanístico, cuyo bien jurídico protegido, si bien con cierta discusión Doctrinal, es el valor material de la ordenación territorial en su sentido constitucional de utilización racional del suelo orientada a los intereses generales³². Este delito

31 En términos aproximados se expresan RODRIGUEZ LÓPEZ, P., y SOBRINO MARTÍNEZ, A, *Delitos contra la administración pública. Delincuencia Administrativa. Cuando el representante de la administración participa en el delito*, Barcelona, Bosch, 2008, p. 230, donde apuntan que: «Las figuras típicas del cohecho, en último término, persiguen la protección del normal funcionamiento de los servicios públicos que los órganos e instituciones del Estado vienen obligados a ofrecer a los miembros de la comunidad, con arreglo a los principios y criterios marcados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico»

32 Entre otras ver lo dispuesto en el Auto TS, 1786/2013, de 3 octubre (razonamiento jurídico 2º) en el cual se

urbanístico cuenta con dos supuestos de hecho diferenciados: un tipo básico -previsto en el segundo apartado del artículo- y un tipo cualificado -previsto en el primer apartado del precepto-, los cuales comparten todos los elementos típicos con la salvedad de las consecuencias jurídicas y el tipo de suelo que protegen penalmente. En concreto el tipo cualificado castiga a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, 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. A su vez, el tipo básico castiga a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.

En relación a lo señalado a lo largo de este estudio, el delito urbanístico, al menos en su tipo básico, es un claro ejemplo donde exactamente la misma conducta (la construcción no autorizable en suelo no urbanizable) está prevista en dos ordenamientos sancionadores, tanto el penal como el administrativo, demostrándose con ello un evidente descuido técnico del legislador que nada ayuda a la seguridad jurídica³³.

Por ello y atendiendo a la posibilidad actual de solucionar las infracciones urbanísticas en sede administrativa (menos punitiva que la penal), este delito ha suscitado muchos pronunciamientos acerca de antijuricidad material o necesidad de determinar un umbral mínimo de relevancia penal del tipo de injusto. Esto es, en ocasiones los Tribunales de Justicia han conocido supuestos de hecho donde el sujeto responsable había levantado una edificación de características tan reducidas que se representaba como inadecuada para lesionar el bien jurídico tutelado, y, en base a las teorías de insignificancia o

dispone 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. (...), en el delito "urbanístico" no se tutela la normativa urbanística - un valor formal o meramente instrumental - sino el valor material en la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de "utilización racional del medio orientada a los intereses generales" (arts. 45 y 47 CE), es decir de utilización racional como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general. 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”.

33 En estos supuestos deberíamos aplicar la actual Doctrina jurisprudencial según la cual el principio *non bis in idem* no proscribire la doble sanción siempre que la segunda sea la penal y ésta, a la luz del principio de proporcionalidad, tenga en consideración la sanción administrativa ya cumplida.

bagatela, decidieron la absolución del acusado³⁴.

De todos modos, y como ya he manifestado anteriormente, tengo una opinión crítica respecto del *abuso* jurisprudencial de las técnicas de absolución penal por ausencia de antijuricidad material de la acción. Recordemos que el principio de legalidad, conjugado con el principio de separación de poderes, permite al legislador decidir el marco de actuación de la Ley penal. Por ello, en ningún caso debe entenderse judicialmente atípica una acción prevista en el Código penal cuando concurra una lesión suficiente del bien jurídico protegido, o, cuando medie únicamente la tolerancia social de la conducta. De hecho, incluso, algunos autores, como por ejemplo DEL MORAL GARCÍA, han señalado que la tolerancia social es una de las principales causas de algunos comportamientos corruptos. Para este autor, si no se consigue un cambio de paradigma en la aceptación social de conductas corruptas “la reacción esporádica o intermitente de la justicia penal, por contundente que sea, degenerará en mera coartada de conciencias adormecidas a las que importa más el «parecer» que el «ser»³⁵”.

Ahora bien, dicho lo anterior, sí creo que actualmente la tipicidad del tipo básico del delito urbanístico es exageradamente punitiva³⁶, precepto mediante el cual se sancionan penalmente construcciones levantadas en todo tipo de suelo clasificado como no urbanizable, esto es, no solamente aquél suelo tributario de una protección administrativa reforzada, como podrían ser un eventual interés de protección forestal o ganadero -valores, dicho sea de paso, no incluidos en la tipicidad del tipo cualificado-, sino igualmente aquel suelo no urbanizable ordinario o común -suelo que se reserva de la urbanización sin reconocer en él alguna consideración de especial protección o interés reforzado de

34 Por ejemplo, en la reciente SAP Badajoz, 77/2015, de 26 de marzo, se absuelve al constructor de unas obras no autorizables en suelo no urbanizable atendiendo únicamente a motivos de antijuricidad material. En concreto, en el Fundamento Jurídico Quinto puede leerse que: “esta Sala se inclina decididamente por la tesis que podemos llamar “material”, atendiendo a la especial preponderancia otorgada según la mayoritaria jurisprudencia antes citada una auténtica contravención de un bien jurídico relevante y protegible en esta sede, desde el punto de vista pues de la antijuricidad material. (...) El precepto citado castiga conductas objetivamente graves y dolosas que ataquen un bien jurídico comunitario (la utilización racional del suelo y la adecuación de su uso al interés general); y por ello el análisis del tipo debe realizarse desde la perspectiva de la “antijuricidad material”, aplicando en su caso el principio de mínima intervención, fragmentariedad y subsidiariedad inspiradores del Derecho Penal cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado, ya que los tipos penales no pueden servir como mero reforzamiento de la autoridad administrativa, sin contenido material de antijuricidad.”

35 DEL MORAL GARCÍA, A, “Justicia Penal y Corrupción. Análisis singularizado de la ineficiencia procesal”, en CASTRO MORENO, A / OTERO GONZÁLEZ, P (directores) VALENTINA GRAFFE, L (Coordinadora) *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Madrid, Dykinson, 2016.

36 En relación al primer apartado del artículo 319 del Código penal no tengo ninguna objeción, ya que con él se castigan las actuaciones urbanísticas ilegales levantadas sobre aquellos suelos más protegidos por el ordenamiento urbanístico.

reserva natural-.

En contra, algunas voces han justificado la vigencia del tipo básico del delito urbanístico en el carácter subsidiario del principio de intervención mínima. Han alegado que, la experiencia ha demostrado que en España la normativa administrativa sancionadora no ha bastado para frenar las actuaciones urbanísticas ilegales, tan tristemente extendidas en nuestro territorio. Pero, del mismo modo que algunos autores³⁷, considero que la causa real de la intolerable lista de casos de construcciones ilegales no se encuentra en la presunta ineficacia de las instancias extrapenales, sino en la desidia y falta de responsabilidad de las administraciones competentes (y obligadas) al cumplimiento ejecutivo de la normativa urbanística en su territorio, en especial, los entes locales³⁸, los cuales, han omitido sistemáticamente sus competencias inspectoras y sancionadoras urbanísticas y, con ello, han permitido la multiplicación de construcciones ilegales en su territorio. La actuación decidida de los Ayuntamientos, sancionando y demoliendo las construcciones ilegales de su territorio, sería la mejor medida de prevención general, mucho más efectiva, sin duda, que el uso en este sector del Código penal.

En definitiva, la actual forma de tipificación del delito urbanístico atenta al principio de *ultima ratio*, el cual no debe retorcerse por la falta de voluntad de la administración a la hora de realizar sus funciones y propicia la condena penal de actuaciones que deberían quedar reservadas al ámbito del derecho administrativo sancionador, como serían todas aquellas edificaciones ilegales levantadas en suelo clasificado como no urbanizable común, es decir, un suelo huérfano de especial protección administrativa al no tener reconocido en su naturaleza algún tipo de valor digno de protección reforzada.

No obstante, mientras el legislador no aborde una modificación del tipo que respete los

37 Por ejemplo QUINTERO OLIVARES, G, *La Justicia Penal en España*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 35: “(...) en ocasiones la renuncia a cumplir con el principio de intervención mínima ha sido forzada por causas extrínsecas. Tal sucede con el fracaso de la Administración en sus tareas de control preventivo y sancionador, por ejemplo, en materia de disciplina urbanística. Curiosamente, aquellos países en los que la actividad constructora está eficazmente controlada por la Administración no han tenido la necesidad de tipificar delitos urbanísticos. Eso pone de manifiesto un fenómeno nuevo: que el derecho penal y el sistema judicial deba de actuar no porque la actuación administrativa sea insuficiente ante la gravedad de lo sucedido, sino porque esa Administración no quiere o no puede cumplir eficazmente con su cometido”.

38 En su relación cabe traer a colación la noticia publicada en fecha 19 de julio de 2016 en el periódico el El País, la cual, con un ejemplo real viene a confirmar la opinión del autor, y cuyo titular señala: “Las investigaciones por delitos urbanísticos en Cádiz se triplican. La fiscalía alerta de la “desidia” de los Ayuntamientos para derribar casas ilegales”: http://politica.elpais.com/politica/2016/07/19/actualidad/1468926807_740333.html (enlace consultado en fecha 1 de septiembre de 2016).

principios de intervención mínima y proporcionalidad, las causas de atipicidad penal podrán servir *solamente* para que las conductas menos lesivas e insignificante para el bien jurídico protegido del delito urbanístico sean conocidas, y en su caso sancionadas, en sede administrativa. Me refiero aquí a supuestos de edificaciones no autorizable de muy reducidas dimensiones (la caseta del perro, el cuarto para guardar los instrumentos de labranza, el toldo fijo para el resguardo de las gallinas...) que hayan sido levantadas en suelo no urbanizable común, es decir, aquél suelo que no cuente con un régimen de especial protección reforzado atendiendo a sus valores o condiciones naturales.

Ahora bien, como ya he dicho, el principio de intervención mínima se vincula inescindiblemente con el principio de legalidad y éste con la voluntad del legislador, y, por tanto, considero que en escenarios de infracciones urbanísticas no caben planteamientos de atipicidad justificados en causas de adecuación social (y menos de tolerancia social³⁹). A mayor abundamiento, tampoco deben sobreseerse expedientes judiciales con la justificación de actos insignificantes si la construcción realizada se ha levantado en un suelo especialmente protegido por la normativa urbanística o, cuando aquélla presente una volumetría significativa. Tanto en el primero como en el segundo ejemplo los hechos estarían dotados (con el Código penal actual) de suficiente carga lesivo-material y la acción sería contraria al bien jurídico protegido, a saber: el valor material de la ordenación territorial en su sentido constitucional de utilización racional del suelo orientada a los intereses generales.

³⁹ La tolerancia social, de hecho, se ha revelado como una de las principales causas de la repetición sistemática de esta lacra en el territorio.