





Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  http://cat.creativecommons.org/?page_id=184

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>



Universitat Autònoma de Barcelona

Facultad de Derecho
Departamento de Ciencia Política y Derecho Público

Programa de Doctorado en Derecho Público y Filosofía Jurídico Política

Tesis doctoral:

EL DELITO URBANÍSTICO A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL DERECHO PENAL

Marzo de 2018

Doctorando:
Antonio Cardona Barber

Directora:
Doctora Mercedes García Arán

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO: INTRODUCCIÓN, CUESTIONES INICIALES Y ÁMBITO DE ESTUDIO

I. INTRODUCCIÓN.....	14
1. Cuestiones iniciales.....	14
2. Crisis técnica del poder legislativo contemporáneo.....	22
II. DELIMITACIÓN POSITIVA DEL OBJETO DEL TRABAJO.....	28
III. CUESTIONES GENERALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO VINCULADAS CON EL DELITO URBANÍSTICO.....	34
1. El porqué del presente apartado.....	35
2. El Derecho urbanístico como norma administrativa.....	38
3. La evolución del Derecho urbanístico español.....	46
(A) Cuestiones previas.....	46
(B) El nacimiento del Derecho urbanístico español.....	46
(C) De las Leyes de Ensanche hasta la Ley del Suelo de 1956.....	48
(D) La nueva situación del Derecho urbanístico a partir de la Ley del Suelo de 1956.....	53

(E) La reforma legal producida en el año 1975.....	62
(F) La Constitución Española de 1978.....	71
(G) El Texto refundido de la Ley del Suelo de 1992.....	75
(H) La Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997.....	76
(I) La Ley 6/1998, de 13 de abril de régimen del suelo y valoraciones.....	83
(J) El Real Decreto 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Suelo.....	88
(K) La actual Ley del Suelo estatal: el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana.....	89

CAPÍTULO SEGUNDO. EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA COMO CUESTIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL INDEPENDIENTE AL DELITO URBANÍSTICO

INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO.....	92
II. EL PROBLEMA DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA.....	93
1. ¿Qué es la corrupción urbanística?	100
2. Posibles causas de la corrupción urbanística en España.....	103

(A) El gran negocio del Urbanismo en España.....	105
(B) La dificultad técnica del ordenamiento jurídico urbanístico.....	108
(C) El descontrol del Derecho urbanístico.....	111
3. Armas que dispone el Código Penal para luchar contra la corrupción urbanística.....	114
(A) Cuestión previa: el concepto de funcionario en los delitos de corrupción urbanística.....	115
(B) La prevaricación urbanística tipificada en el artículo 320 del Código Penal.....	116
(C) Delitos contra la Administración Pública vinculados con el fenómeno de la corrupción urbanística.....	124
(i) Introducción al delito de cohecho: el soborno del funcionario o autoridad.....	125
(ii) El delito de cohecho pasivo propio.....	128
(iii) El delito de cohecho pasivo impropio.....	130
(iv) El delito de cohecho pasivo subsiguiente o de recompensa.....	132
(v) El delito de cohecho pasivo impropio de facilitación.....	133
(vi) El delito de cohecho activo.....	135
(vii) La prevaricación administrativa.....	136

(viii) El delito de tráfico de influencias.....	138
(ix) El delito consistente en la utilización indebida de información privilegiada.....	140
4. Excurso: ¿son suficientes los instrumentos penales actuales para luchar contra la corrupción urbanística?.....	142

CAPÍTULO TERCERO. EL DELITO URBANÍSTICO A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO LÍMITE DEL DERECHO PENAL.....	148
---	-----

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DELITO URBANÍSTICO.....153

1. El delito urbanístico en las fuentes del Derecho penal: garantía de «lex scripta».....	154
---	-----

2. Las garantías individuales: «nullum crimen, nulla poena sine lege»: garantía de «lex praevia».....	160
---	-----

3. El delito urbanístico en la técnica de elaboración de leyes penales: garantía de «lex certa».....	168
--	-----

(A) Los elementos normativos del tipo urbanístico.....	171
--	-----

(i) Los conceptos promotor, constructor o técnico director.....	177
---	-----

(ii) Los conceptos construcción o edificación.....	181
--	-----

(iii) El concepto obras no autorizables.....	183
(iv) El concepto suelos destinados a viales, zonas verdes o bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural	184
(v) El concepto del «suelo no urbanizable».....	184
(B) Problemas prácticos dimanantes de la técnica de la Ley penal en blanco en el delito urbanístico.....	201
(C) El principio del «non bis in idem» en el delito urbanístico.....	210
(i) Non bis in ídem entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.....	211
(ii) Non bis in ídem respecto al delito urbanístico y el delito medioambiental.....	220
(iii) Non bis in ídem respecto al delito urbanístico y la prevaricación urbanística.....	225
(iv) Non bis in ídem respecto de las circunstancias agravantes del delito urbanístico.....	229
(D) Cuestiones sobre posibles errores de prohibición en el delito urbanístico.....	234
(E) La prohibición de analogía del Derecho penal en el delito urbanístico.....	239
(i) La analogía respecto de determinados tipos de suelos especialmente	

protegidos..... 242

(ii) La analogía respecto de los sujetos responsables del delito urbanístico 243

CAPÍTULO CUARTO. EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS EN EL DELITO URBANÍSTICO

I. CUESTIONES PREVIAS..... 253

1. ¿Qué es un bien jurídico?..... 253

2. Funciones prácticas del principio del bien jurídico protegido..... 270

(A) La función *crítica* o *limitadora* del bien jurídico..... 270

(B) El bien jurídico como método de interpretación del tipo penal..... 275

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO URBANÍSTICO..... 290

1. Delito urbanístico y Constitución española..... 292

(A) El interés ordenación de los usos de la «propiedad privada» a la luz de su «función social»..... 292

(B) El interés protector del suelo en su consideración de elemento natural..... 294

(C) El control de la actividad inmobiliaria en la finalidad de proteger el derecho a una vivienda digna..... 294

2. Estudio del interés medioambiental como posible bien jurídico del delito urbanístico.....	297
3. Los valores ordenación del territorio y urbanismo como bienes jurídicos protegidos en el delito urbanístico.....	304
(A) El concepto «ordenación territorial».....	306
(B) El concepto «urbanismo».....	311
(C) Conclusiones conceptuales: la ordenación, inteligente y racional, de los usos del suelo como interés urbanístico tutelable.....	313
4. El elemento natural «suelo» como objeto material del delito urbanístico.....	321

CAPÍTULO QUINTO. ESTUDIO DEL DELITO URBANÍSTICO A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA DEL DERECHO PENAL

I. EL PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO EN EL DERECHO PENAL URBANÍSTICO.....	325
1. El principio de intervención mínima en relación al artículo 319.1 del Código penal: tipo básico del delito urbanístico.....	335
(A) Diferenciación de carácter formal: obras «no autorizables».....	335
(B) Diferenciación de carácter fragmentario: suelos especialmente protegidos.....	336

2. El principio de intervención mínima en relación al artículo 319.2 del Código penal: tipo básico del delito urbanístico..... 338

(A) Algunos ejemplos prácticos de Leyes autonómicas que permiten utilizar el recurso del suelo no urbanizable ordinario, genérico o común..... 339

(B) Comentario sobre la Consulta de la Fiscalía General del Estado, 1/2003, de 25 de julio..... 341

(C) Toma de posición personal: propuesta de «lege ferenda»..... 345

II. DELITO URBANÍSTICO Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS..... 348

CONCLUSIONES FINALES

PRIMERA: DE LAS DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO URBANÍSTICO Y EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA..... 335

SEGUNDA: CONCEPTUALIZACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO URBANÍSTICO COMO CUESTIÓN INDEPENDIENTE AL VALOR MEDIOAMBIENTAL..... 358

TERCERA: LOS TRIBUNALES ESTÁN APLICANDO ANALÓGICAMENTE CONTRA REO ALGUNOS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL..... 361

CUARTA: EL PROBLEMA EXEGÉTICO DEL CONCEPTO PENAL «SUELO NO URBANIZABLE»..... 364

QUINTA: CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA NORMA PENAL EN BLANCO EN EL DELITO URBANÍSTICO..... 366

SEXTA: DELIMITACIÓN MATERIAL DEL DELITO URBANÍSTICO TIPO AGRAVADO: ARTÍCULO 319.1 CP..... 368

SÉPTIMA: DELIMITACIÓN MATERIAL DEL DELITO URBANÍSTICO TIPO BÁSICO: ARTÍCULO 319.2 CP..... 369

OCTAVA: CONSECUENCIA JURÍDICA DEL ARTÍCULO 319.2 Y LESIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS..... 371

NOVENA: PROPUESTA DE «LEGE FERENDA», EN RELACIÓN AL TIPO BÁSICO DEL DELITO URBANÍSTICO, QUE SOLUCIONE LOS PROBLEMAS DE LEGITIMIDAD DETECTADOS..... 373

ANEXO JURISPRUDENCIAL..... 378

ANEXO BIBLIOGRÁFICO..... 384

«La libertad del ciudadano depende principalmente de que las leyes criminales sean buenas»

Montesquieu: Del espíritu de las leyes.

CAPÍTULO PRIMERO: INTRODUCCIÓN, CUESTIONES INICIALES Y ÁMBITO DE ESTUDIO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. Cuestiones iniciales. 2. Crisis técnica del poder legislativo contemporáneo II. DELIMITACIÓN POSITIVA DEL OBJETO DEL TRABAJO. III. CUESTIONES GENERALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO VINCULADAS CON EL DELITO URBANÍSTICO. 1. El porqué del presente apartado. 2. El Derecho urbanístico como norma administrativa. 3. La evolución del Derecho urbanístico español. (A) Cuestiones previas. (B) El nacimiento del Derecho urbanístico español. (C) De las Leyes de Ensanche hasta la Ley del Suelo de 1956. (D) La nueva situación del Derecho urbanístico a partir de la Ley del Suelo de 1956. (E) La reforma legal producida en el año 1975. (F) La Constitución Española de 1978. (G) El Texto refundido de la Ley del Suelo de 1992. (H) La Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997. (I) La Ley 6/1998, de 13 de abril de régimen del suelo y valoraciones. (J) El Real Decreto 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Suelo. (K) La actual Ley del Suelo estatal: el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana.

I. INTRODUCCIÓN

1. Cuestiones iniciales

Poco antes del inicio de mis estudios de Doctorado se cumplieron diez años del delito urbanístico previsto en el artículo 319 del Código Penal. Este delito, actualmente, permite castigar al constructor, promotor o técnico director que lleve a cabo edificaciones, construcciones o urbanizaciones no autorizables en suelo no urbanizable o suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o, lugares que tengan legal o administrativamente reconocido sus valores

paisajísticos, ecológico, artístico, histórico o cultural, o, también, suelos que por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

Así, antes del Código Penal de 1995 las reacciones del Estado frente a estas conductas, incluso las más graves e intolerables, quedaban confiadas plenamente al derecho administrativo. No obstante, la «presunta» ineficacia de los mecanismos preventivos o punitivos utilizados en sede administrativa justificó entonces que el legislador recurriera al recurso del Derecho penal.

Pues bien, considero que esta justificación, en la actualidad mayoritariamente aceptada¹, debe ser objeto de revisión. Ciertamente, la inacabable lista de infracciones urbanísticas permitieron (y permiten también en la actualidad) argumentar que la insuficiencia del derecho administrativo sancionador, a efectos preventivo generales, justificaba en este campo la intervención del Derecho penal. No obstante, opino que la auténtica razón de la intolerable lista de construcciones ilegales no se encontraba (ni se encuentra hoy) en la incapacidad real de la normativa administrativa. La culpa del *caos urbanístico* existente era (y

¹ Por ejemplo, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M, *Medioambiente y uso del suelo protegido, régimen jurídico civil, penal y administrativo*, Madrid, Iustel, 2010, p. 267. No obstante, no comparto con esta autora que uno de los motivos que justificaron en su momento el delito urbanístico fuera la «significativa alarma social que estos delitos provocan (...)». Personalmente considero que más bien es al contrario. Existe (todavía hoy) una tolerancia social manifiesta en todo lo relacionado a las construcciones ilegales en suelos no urbanizables. En la misma línea se expresa ACALE SÁNCHEZ, M, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 26: «(...) socialmente, son conductas que no cuentan con el completo rechazo que en abstracto se merecen pues no están del todo desaprobadas, entre otros motivos porque son conductas muy extendidas».

es) consecuencia de una administración absolutamente ineficiente (en ocasiones incapacitada materialmente, en otras, paralizada dolosamente).

En nuestro caso, la actuación omisiva de los órganos administrativos encargados de velar por el correcto uso del suelo ha dado como resultado un suelo totalmente pervertido urbanísticamente, en el cual abundan urbanizaciones ilegales en todo el territorio nacional. Estas urbanizaciones ilegales no solamente no se atacan con los «obligatorios» expedientes de demolición forzosa² sino que incluso, eventualmente, mediante la reclasificación o recalificación del suelo municipal disfrutan de auténticas «amnistías políticas».

En definitiva, la multiplicación de construcciones o urbanizaciones ilegales en los últimos años es consecuencia de la actitud irresponsable de las administraciones públicas competentes, las cuales, no han podido, o no han querido, ejercer las funciones de control, inspección y sanción que tenían encomendadas en materia urbanística³, algo que, de hecho, sigue ocurriendo recurrentemente en la actualidad.

Por todo ello, y analizando el tipo de injusto del delito urbanístico español, considero que la pasividad administrativa en el campo urbanístico ha comportado la configuración de un Derecho penal *prima ratio* ajeno al postulado del principio

² En ocasiones, la administración deja pasar (dolosa o impudentemente) el tiempo de prescripción que le permitía el procedimiento de restauración de la legalidad urbanística.

³ Refrendando esta opinión léase la noticia publicada en fecha 19 de julio de 2016 en el periódico El País, 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).

de intervención mínima⁴. Es más, analizando la problemática en perspectiva, y más de diez años después de la entrada en vigor del delito urbanístico, las construcciones ilegales no han disminuido: puede afirmarse pues que las funciones preventivo generales buscadas con el delito urbanístico han fracasado.

También, si analizamos el tipo de injusto decidido por el legislador de 1995 (en especial el contenido del segundo apartado del artículo 319 CP) se verá que la expansión del Derecho penal al campo de las infracciones urbanísticas alcanzó conductas que, a la luz del carácter fragmentario del principio de última ratio, no deberían ser objeto de sanción penal. De hecho, el delito urbanístico ha suscitado varios pronunciamientos jurisprudenciales acerca de la 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 se había construido una edificación de características tan reducidas que se representaba como inadecuada para lesionar el bien jurídico tutelado y cuya sanción penal servía únicamente como mero reforzamiento de la autoridad administrativa, sin contenido material de antijuricidad.

Personalmente tengo una opinión algo crítica respecto al abuso jurisprudencial de las técnicas de absolución penal por ausencia de antijuricidad

⁴ Entre otros se pronuncian en estos términos 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».

material de la acción, aceptable sólo de forma excepcional en supuestos evidentes de irrelevancia penal⁵. De hecho, creo que esa forma de entender el Derecho penal en ocasiones puede ser contraria al principio de legalidad al desconocer el mandato del artículo 4.3 del Código Penal. Ahora bien, dicho lo anterior, como ya he avanzado, sí creo que actualmente la tipicidad del delito urbanístico es exageradamente punitiva, castigándose penalmente actuaciones que, a la luz del principio de mínima intervención, deberían quedar confiadas totalmente al derecho administrativo sancionador.

En relación al primer apartado del artículo 319 del Código Penal no tengo especiales objeciones, ya que con él se castigan las actuaciones urbanísticas ilegales levantadas sobre aquellos suelos *más protegidos* por el ordenamiento urbanístico y, por ende, opino que, en términos generales, respeta el carácter fragmentario del principio de intervención mínima.

Diferente opinión tengo acerca del segundo apartado del artículo, 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*, que se reserva de la urbanización sin reconocer en él alguna consideración de especial protección o interés reforzado de reserva natural.

Tal y como explicaré a lo largo de esta obra, creo que esta forma de tipificación, además de propiciar un problema exegético no menor, como es la

⁵ 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.

conceptuación de lo que ha de entenderse por *suelo no urbanizable común u ordinario* en cada uno de los ordenamientos urbanísticos autonómicos, atenta al principio de intervención mínima, 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, a la luz del carácter fragmentario del principio de intervención mínima, deberían quedar reservadas al ámbito del derecho administrativo sancionador.

Asimismo, el delito urbanístico está vinculado inescindiblemente con el contenido del derecho administrativo urbanístico, disciplina jurídica de especial dificultad técnica, siendo la dispersión normativa uno de sus principales condicionantes. Esta complejidad toma su máxima relevancia en sede penal, cuando para completar el tipo deberá acudir, no solamente a las normas urbanísticas estatales y autonómicas, sino también -y en especial- a las disposiciones de planeamiento urbanístico municipal de cada Ayuntamiento en particular y en ellas buscar primero si el suelo está clasificado como no urbanizable, y, después, estudiar si las obras son o no autorizables.

A mayor abundamiento, la condición de norma penal en blanco puede situar el núcleo de injusto en la infracción de la norma administrativa, vinculado éste, en todo caso, a la posible reclasificación del suelo que decida el Ayuntamiento competente⁶, algo que, en ocasiones, posibilitará la impunidad sobrevenida de obras urbanísticas *ex ante* penalmente típicas (cuestión ésta que en páginas

⁶ GARCÍA ARÁN, M, (directora) *La Delincuencia Económica, Prevenir y Sancionar*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 428 y 429: «(...) el hecho de que el delito urbanístico dependa de cuál sea la calificación administrativa del suelo urbanizado, sitúa el núcleo del injusto penal en la infracción de tal normativa administrativa, sin que las socorridas referencias doctrinales o jurisprudenciales a la «mayor gravedad» del ilícito penal como criterio rector -también utilizadas en otras materias- solucionen la cuestión de fondo ni eliminen la inseguridad jurídica».

posteriores será criticada y vinculada con el fenómeno de las modernas *amnistías urbanísticas* propiciadas por los políticos municipales).

Así pues, creo que debemos plantearnos si la utilización del delito urbanístico como método de prevención y reacción al problema de las construcciones, edificaciones o urbanizaciones ilegales ha sido acertada, o, por el contrario, a la luz de los principios limitadores del Derecho Penal y de las experiencias prácticas acumuladas en los dos últimos lustros, conviene su revisión y ulterior propuesta de modificación.

Por todo lo anterior, este trabajo tiene por objeto analizar el delito urbanístico a la luz de los principios limitadores del Derecho Penal y, con ello, valorar si actualmente el tipo penal del artículo 319 del Código Penal respeta los principios de legalidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, intervención mínima y proporcionalidad.

En este contexto, 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 principios de mínima intervención, proporcionalidad, taxatividad y exclusiva protección de bienes jurídicos.

Así, 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-⁷.

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.

Por todo ello, debe resolverse que cualquier extralimitación legislativa 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 y con ello, ser objeto legítimo de crítica doctrinal.

En suma, el principal objetivo del presente trabajo es ofrecer un estudio del delito urbanístico español a la luz de los principios limitadores del Derecho penal, y, con ello, intentar determinar si el precepto seleccionado cumple con las exigencias dimanantes de los principios enunciados.

Avanzo ya en esta introducción que mi conclusión será negativa.

Esto es: considero que el actual redactado del delito urbanístico no se ajusta a los postulados del principio de intervención mínima ni a las exigencias del principio de legalidad vinculadas con la taxatividad en la tipicidad. Por todo ello, en

⁷ Por ejemplo, ver Mir PUIG, S, *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2016, p.128.

el lugar oportuno de esta obra acompañaré una propuesta de *lege ferenda* que intentará solucionar los defectos técnico-legislativos detectados.

2. Crisis técnica del poder legislativo contemporáneo

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 penal⁸. 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 principios de mínima intervención, proporcionalidad, taxatividad y exclusiva protección de bienes jurídicos.

Ello no significa, obviamente, que no deban recomendarse, en ocasiones, oportunas modificaciones legislativas penales, ya sea para la creación o modificación de tipos penales, ya sea para la derogación y eliminación de antiguos delitos que hayan perdido su justificación punitiva. Así, como es obvio, el Código Penal no puede proteger un interés inmutable al paso del tiempo. La realidad cambiante de la sociedad en la cual debe ser aplicado debe justificar su continua revisión y adaptación a los nuevos valores e intereses comunitarios⁹. De hecho, tal

⁸ Entre otros MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M, *Derecho Penal Parte General*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 109 y ss.

⁹ 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

como recuerda MIR PUIG, históricamente el Código Penal español (del mismo modo que los Códigos penales de nuestra cultura occidental) nació de las necesidades burguesas del siglo XIX y, con ello, son tributarios de los intereses específicos de esas clases sociales acomodadas, y, por ello, está justificado que «en la actualidad va abriéndose paso la opinión de que el Derecho penal debe ir extendiendo su protección a intereses menos individuales, pero de gran importancia para amplios sectores de la población, como el medio ambiente, la economía nacional, las condiciones de la alimentación, el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material¹⁰.» Esta dinámica se ha venido conociendo comúnmente como el fenómeno de expansión del Derecho penal¹¹.

Esta necesidad creadora de nuevos tipos penales y nuevos espacios de tutela ha sido defendida por el legislador penal español, autor del Código Penal de 1995, cuando en su Exposición de Motivos señaló expresamente que uno de los fundamentos del nuevo texto punitivo era «la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser. En el primer sentido, merece destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales; (...)».

territorial.

¹⁰ MIR PUIG, S, *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2016, p.173.

¹¹ Ver en este sentido SILVA SÁNCHEZ, J. M, *La expansión del Derecho penal, Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Edisofer, 2011.

Ahora bien, como ya hemos apuntado, el problema ha sido (en ocasiones) la poca responsabilidad del poder legislativo competente en esta tarea revisora y creadora del cuerpo normativo punitivo. En este contexto, la técnica legislativa utilizada para dar forma a la expansión del derecho penal se ha materializado de forma descuidada. En ocasiones (demasiado frecuentes) el legislador penal no ha respetado los principios de *ultima ratio* o proporcionalidad (cuestiones indefectibles al principio de legalidad), 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. También, recurrentemente, el poder legislativo no ha respetado las garantías materiales del principio de legalidad, y, con ello, ha posibilitado un cuerpo normativo que, en ocasiones, lesiona indefectiblemente los criterios de taxatividad o claridad de los tipos penales.

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, son habituales. 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.

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 «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 penal¹².»

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 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)¹³.

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

¹² Manifiesto consultado en fecha 24 de junio de 2017 en el siguiente enlace electrónico: <http://www.ub.edu/dpenal/recursos/TEXTO%20FINAL2.pdf>

¹³ QUINTERO OLIVARES, G, *La Justicia Penal en España*, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 35 y 36.

sistemática al derecho punitivo como *refugium peccatorum* sólo puede explicarse cómo 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». En este tema considero que falta pedagogía jurídica y sobra mucha demagogia¹⁴.

Incluso, 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 denostadas¹⁵».

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 Constitución¹⁶); el retorno -al menos parcialmente-

¹⁴ 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.

¹⁵ Manifiesto consultado en fecha 24 de junio de 2017 en el siguiente enlace electrónico: <http://www.ub.edu/dpenal/recursos/TEXTO%20FINAL2.pdf>

¹⁶ «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».

a las medidas de seguridad pre-delictuales (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 cometido¹⁷); y, la transformación de las faltas penales en delitos leves o menos graves, incrementándose con ello sus consecuencias penológicas en todos sus tramos así como sus plazos de prescripción.

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 racional¹⁸.»

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. Por ello, mientras no se alcance un método de racionalidad legislativa, los juristas debemos esforzarnos por detectar y criticar

¹⁷ Por ejemplo, el nuevo artículo 57 del Código Penal permite imponer medidas de seguridad solamente «atendiendo al peligro que el delincuente represente.»

¹⁸ 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 ilustradas y codificadora, las cuales, consideraban que el principal objetivo de los juristas era asegurar la racionalidad de las leyes.

todas aquellas normas penales que no cumplan con los requisitos de legitimidad exigibles en el marco de un Estado social y democrático de derecho¹⁹.

II. DELIMITACIÓN POSITIVA DEL OBJETO DEL TRABAJO

El objeto del presente trabajo, tal y como se ha señalado en la introducción precedente, pasa por ofrecer un estudio del delito urbanístico a la luz de los principios limitadores del Derecho penal y, con ello, intentar valorar si aquél tipo penal cumple con los requisitos de legitimidad vinculados con los principios de legalidad penal, exclusiva protección de bienes jurídicos, intervención mínima y proporcionalidad.

No obstante, con carácter previo creo conveniente ofrecer un estudio sucinto y esquemático de las principales características del tipo concreto del delito urbanístico español, todo ello al objeto de centrar correctamente el marco de estudio seleccionado en esta obra y evitar posibles confusiones de parte especial.

¹⁹ Por ejemplo, MIR PUIG defiende que: El *ius puniendi* se puede fundar en el concepto Estado social y democrático de Derecho, señalando expresamente que: «El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de intervención penal. Por último, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano»: MIR PUIG, S, *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2016, p. 114.

En este sentido, el Capítulo Primero del Título XVI del Libro Segundo del Código Penal, «De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo», contiene los artículos 319 y 320 del Código Penal. Ambos delitos castigan conductas que pueden afectar al objeto material suelo como recurso natural y sancionan el incumplimiento de la norma urbanística o de ordenación territorial.

Ahora bien, solamente el tipo previsto en el artículo 319 castiga penalmente la ejecución material de construcciones, edificaciones o urbanizaciones ilegales y, con ello, este tipo podría considerarse un mero reforzamiento de la norma administrativa urbanística, la cual, tipifica y sanciona exactamente las mismas conductas que los ilícitos urbanísticos castigados en las leyes urbanísticas autonómicas.

A diferencia del delito urbanístico, la actuación castigada en el delito de prevaricación urbanística (artículo 320 del Código Penal) se sitúa en un estadio anterior al del inicio material de las obras ilegales, las cuales, no forman parte de su tipo objetivo y, por tanto, le son un elemento contingente. Esto es, puede consumarse el delito de prevaricación urbanística sin concurrir obras ilegales, pero, como se verá, no puede castigarse penalmente por delito urbanístico consumado sin el inicio material de alguna construcción, edificación o urbanización contraria a la normativa urbanística o de ordenación territorial.

En definitiva, el delito urbanístico estudiado en este trabajo (con la excepción de las notas desarrolladas en el siguiente punto III: diferencias entre la corrupción urbanística y el delito urbanístico) es el correspondiente al artículo 319 del Código Penal el cual, actualmente, tiene la siguiente redacción:

«1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto

al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

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

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

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

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

Así, sintetizadamente, actualmente los elementos que conforman el tipo del artículo 319 del Código Penal son los siguientes:

(i) Sujeto Activo: constructor, promotor o técnico director de la ejecución o construcción en cuestión²⁰.

(ii) Que se lleve a cabo una construcción, edificación o urbanización.

(iii) Ha de tratarse de una construcción no autorizable²¹.

(iv) Esa construcción no autorizada ha de tener lugar en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan, legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección (tipo agravado) o, en suelos clasificados como no urbanizables (tipo básico)²².

²⁰ Más adelante, concretamente en el estudio del carácter taxativo del principio de legalidad penal, defenderé que el tipo urbanístico es un tipo especial propio cuyos autores solamente pueden ser, además de los técnicos directos titulados, los constructores o promotores profesionales o habituales del sector de la construcción, edificación o promoción urbanística.

²¹ Antes de la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, para la consumación del tipo agravado del delito (artículo 319.1 CP) bastaba con que las obras fueran «no autorizadas», algo afortunadamente superado ya que aquella redacción comportaba una mera conducta formal administrativa reforzada, sin disponer el tipo antiguo ningún desvalor penal autónomo reconocible.

²² En este sentido, considero que al tutelarse penalmente todo tipo de suelos clasificados

(v) Como en todos los delitos dolosos ha de concurrir dolo en cualquiera de sus clases: directo de primer grado o intención o dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias o, al menos, dolo eventual²³.

En suma, como puede observarse, el delito urbanístico cuenta con dos supuestos de hecho diferenciados: un tipo básico -previsto en el segundo apartado del artículo 319- y un tipo cualificado -previsto en el primer apartado del precepto-. Entre ambos tipos se comparten todos los elementos típicos a excepción de la clase de suelo que protegen. 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 mismos sujetos -promotores, constructores o técnicos directores- cuando las obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables hayan sido levantadas en suelo no urbanizable.

Posiblemente el supuesto de hecho prototípico de este delito aparece cuando el particular consigue una licencia legal para llevar a cabo unas obras urbanísticamente autorizables, pero, acaba excediendo exageradamente el permiso y levanta finalmente una edificación totalmente diferente a la que supuestamente

como no urbanizables, también aquellos suelos reservados de la urbanización sin reconocimiento en ellos de algún valor urbanístico reforzado que les permita calificarse de especial protección, se está vulnerando el principio de mínima intervención penal, tal y como desarrollaré en el último Capítulo de esta obra.

²³ Esto supone que la presencia de error de tipo, tanto vencible como invencible, comportará la absolución, ya que no existe tipo imprudente del delito urbanístico.

tenía previsto construir y respecto a la cual obtuvo el permiso de construcción. Asimismo, en ocasiones la acción delictiva es menos sutil. Puede el particular construir o edificar algún tipo de obras no autorizables sin haber solicitado ningún permiso de obras *falso* al ente municipal.

Incluso puede ocurrir que el particular sí solicite una licencia de obras, pero la administración no conteste en el plazo legalmente establecido y, una vez resuelto por silencio administrativo, el particular decida iniciar la construcción. Al respecto quiero hacer dos precisiones: (i) el Derecho urbanístico establece el silencio *negativo* como respuesta en las solicitudes que versen sobre cuestiones urbanísticas no autorizables, y, por ende, no se puede obtener por silencio administrativo una licencia de obras contraria a las normas urbanísticas de aplicación²⁴; y, (ii) actualmente el tipo penal castiga las obras *no autorizables*, no

²⁴ El artículo 23 (silencio negativo en procedimientos de conformidad, aprobación o autorización administrativa) del Real Decreto Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa dispone lo siguiente: «1. Los actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo y el subsuelo que se indican a continuación requerirán del acto expreso de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo según la legislación de ordenación territorial y urbanística: (a) Movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación. (b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta. (c) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes. (d) La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva que, por sus características, puedan afectar al paisaje. (e) La primera ocupación de las edificaciones de nueva planta y de las casas a que se refiere la letra (c) anterior. 2. El vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado la resolución expresa legitimará al interesado que hubiere deducido la solicitud para entenderla desestimada por silencio administrativo».

ya las obras *no autorizadas* y, por ello, después de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, que trajo consigo esta novación típica, el desvalor se centra en la ilegalidad de la construcción y no en la concurrencia de un acto administrativo previo autorizando la eventual actuación urbanística.

Finalmente, si para alzar las obras ilegales el promotor o constructor se ayuda de la connivencia del funcionario municipal, al expedir éste a sabiendas una licencia contraria al planeamiento urbanístico o, una vez construida la edificación ilegal, silenciando la infracción, omitiendo con ello dolosamente el necesario expediente de demolición y sanción, no estaríamos ante un único delito urbanístico: aquí entraría en concurso el delito de prevaricación urbanística o, en su caso, el delito de cohecho. Este escenario forma parte del fenómeno de la corrupción urbanística que será tratada en el Capítulo II de esta obra.

III. CUESTIONES GENERALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO VINCULADAS CON EL DELITO URBANÍSTICO

Asimismo, esta forma de entender el silencio también ha sido aceptada en las leyes autonómicas urbanísticas (recordemos que el Derecho urbanístico es una competencia eminentemente autonómica). En este sentido, y por señalar un ejemplo, en el artículo 5 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña se dispone que «(...) En ningún caso se pueden considerar adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas que contravengan a esta Ley o al planeamiento urbanístico». Por poner un ejemplo jurisprudencia de lo anterior, en la SAP de Barcelona, 342/2011, de 16 de febrero se dispone que «en este sentido, no cabe entender concedida por silencio positivo la licencia de obras solicitada por el recurrente el 1 de diciembre de 1997, pues ello supondría adquirir por silencio administrativo facultades urbanísticas que contravienen la legislación aplicable».

1. El porqué del presente apartado

Tal y como he ha apuntado en el Capítulo anterior, mediante el presente trabajo intentaré ofrecer al lector un estudio crítico del delito urbanístico tipificado en el artículo 319 del Código Penal a la luz de los principios informadores del Derecho penal.

El delito urbanístico tiene naturaleza de norma penal en blanco²⁵, y, por ello, la definición de su tipo penal se completa mediante la remisión a un ordenamiento de carácter extra penal, en nuestro caso, el Derecho urbanístico, disciplina especializada de Derecho administrativo²⁶.

A consecuencia de la tecnificación de la materia y la cantidad de palabras propias que se utilizan en ella²⁷ o, quizá, debido a que históricamente la mayoría de planes de estudios universitarios de las Facultades de Derecho han venido

²⁵ Si bien con alguna discusión doctrinal acerca de la naturaleza de norma penal en blanco en el delito urbanístico, por ejemplo CUESTA AGUADO M^a, «...no se trata de una ley penal en blanco por cuanto que el art. 319 CP ni realiza una cesión *in toto* al Ordenamiento administrativo, ni exige que el juez acuda a una concreta (o concretas) normas extrapenales para delimitar el supuesto de hecho».

²⁶ En concreto, y tal y como será estudiado en los capítulos correspondientes, la tipicidad del delito urbanístico se completa con cuestiones de Derecho urbanístico como la consideración de obras no autorizables administrativamente y, determinadas clasificaciones o calificaciones de los suelos protegidos penalmente.

²⁷ En términos similares se expresa MULAS SANZ, N, *Corrupción Urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)*, editorial La Ley, 2008, p 5, cuando señala que: «La complejidad de la normativa administrativa y su excesivo tecnicismo es, sin duda, un factor que complica sobremanera la tarea de determinar si estamos o no ante un delito urbanístico, disminuyendo con ello las posibilidades de su persecución y castigo».

apostando por el carácter optativo de la asignatura de Derecho urbanístico, es posible que el estudioso del Derecho penal interesado por cuestiones relacionadas con el delito urbanístico necesite completar sus conocimientos acerca de los conceptos jurídico-urbanísticos administrativos. De hecho, considero que para alcanzar un completo dominio del estudio del delito urbanístico no solamente deberán dominarse los elementos de Derecho administrativo que completan el tipo penal de referencia (como por ejemplo será la condición de *suelo no urbanizable* o, el carácter *no autorizable* de las construcciones) sino que además, será conveniente conocer, al menos de forma sucinta, los que podríamos definir como *instrumentos administrativos concomitantes de la tipicidad del delito urbanístico*.

Un ejemplo de la importancia de estos conceptos concomitantes la encontramos en el estudio del bien jurídico protegido del delito urbanístico, el cual, en el Capítulo tercero de esta obra vincularé al concepto de ordenación territorial. Esto es, se ha venido considerando por parte de la doctrina que los ataques que están sufriendo la ordenación del territorio y el urbanismo (como valores constitucionales) pueden revelarse como motivos suficientes para la intervención del Derecho penal. Por ello, con carácter previo al análisis del bien jurídico protegido y a la aceptación de la premisa señalada, deberá conocerse el significado jurídico-administrativo de los conceptos mismos *ordenación del territorio y urbanismo*.

Asimismo, y en relación al principio de *ultima ratio* del Derecho penal vinculado al delito urbanístico, y que será el objeto de estudio en el Capítulo Cuarto de esta obra, para poder determinar si los otros medios de tutela y sanción de los que dispone el Estado se han revelado como insuficientes deberemos conocer previamente en qué consisten los instrumentos administrativos alternativos de tutela del suelo (básicamente instrumentos de planificación urbanística y

reglamentos de sanción administrativa) y, que organismos públicos territoriales son los competentes, y obligados²⁸, para ejercer esa protección.

Es más, como se verá, las actuales competencias urbanísticas de los entes locales (en la mayoría de ocasiones fiscalizadas por la comunidad autónoma competente) posibilitan el cambio de clasificación del suelo o, también, el cambio de calificación del mismo que pueden propiciar *ex post facto* la impunidad del eventual infractor urbanístico penal²⁹. Por lo anterior, al ser cuestiones distintas, creemos oportuno explicar también, al menos sucintamente, las principales diferencias entre la *clasificación* del suelo y la *calificación* del mismo, conceptos urbanísticos que muy a menudo son objeto de confusión y cuyo dominio será necesario para poder abordar la crítica al principio de taxatividad desarrollada en el Capítulo quinto de esta obra.

Igualmente, el objeto material del delito es *el suelo*. Pues bien, en este capítulo me parece oportuno hacer algún tipo de referencia introductoria a su significado y, sobretodo, a las distintas facultades que los propietarios de los

²⁸ Aunque como se verá, y ya ha sido señalado en el capítulo I anterior, una de las principales conclusiones a la que llego en el presente estudio pasa por señalar y criticar la más que evidente falta de compromiso (ya sea por desidia, falta de medios o, directamente, ánimo de lucro) de algunos de los sujetos obligados a realizar las funciones de tutela y sanción de las normas de Derecho urbanístico. Este problema se revela absolutamente insoportable en el ámbito municipal, en el cual, concejales y alcaldes han venido utilizado torcidamente las normas de ordenación territorial con el único fin de lucrarse personal o colectivamente en perjuicio de los intereses generales cuya encomienda tenían asignada.

²⁹ En el Capítulo sexto de esta obra trataré el problema del cambio de planeamiento que provoca la reclasificación del suelo o, su recalificación, y, con ello, quepa plantearse la ausencia de responsabilidad penal a la a la luz de la teoría de la aplicación retroactiva de la norma penal más favorable.

terrenos disponen sobre el mismo (algo que nos obligará a vincular la propiedad del suelo con la moderna concepción de función social como límite a su libre disposición, sin la cual, como se observará, poco sentido tendría el actual delito urbanístico español).

En cuanto a la determinación del suelo veremos que no todos los suelos clasificados como no urbanizables gozan de la misma protección administrativa. En este sentido, voy a intentar explicar esta importante cuestión en este Capítulo segundo, la cual, además, en capítulos posteriores me servirá de base para escribir una de mis principales críticas a la actual forma de tipificación del delito urbanístico. Esto es: en su momento voy a criticar la sanción penal de las obras de edificación en *suelo no urbanizable común*; o, lo que es lo mismo, las construcciones levantadas en aquella clase de suelo que no está especialmente protegido por la norma administrativa (ya sea por sus valores paisajísticos, ecológicos, artísticos, históricos, culturales, forestales, agrícolas, ganaderos, etc.).

Cuando se aborde el anterior problema se verá, además, que la actual configuración competencial del Derecho urbanístico español permite la existencia de distintas concepciones de *suelo no urbanizable común* dependiendo de la Comunidad Autónoma en la cual nos encontremos, algo que puede afectar también a los principios de igualdad y taxatividad del Derecho penal y que serán tratados en el Capítulo V de esta obra.

2. El Derecho urbanístico como norma administrativa

(A) Definición y objetivo del Derecho urbanístico

Podemos definir al Derecho urbanístico como aquél conjunto de normas administrativas que regulan el uso y aprovechamiento del bien natural suelo y que controlan los procesos de urbanización y edificación sobre el mismo³⁰.

Antes de seguir, y si bien para muchos lo siguiente les parecerá una obviedad, me parece oportuno hacer una breve referencia a la diferenciación existente entre los conceptos urbanizar y edificar, los cuales, tienen alcances distintos. En este contexto, urbanizar es convertir en poblado una porción de terreno antes rústico o, prepararlo para ello, abriendo calles y dotándolas de luz, empedrado y demás servicios municipales. La acción de edificar aparece normalmente después de la urbanización, y consiste en levantar las edificaciones que el titular del terreno interese construir. Si las obras de urbanización o las edificaciones se han construido infringiendo las normas urbanísticas pueden ser acciones que constituyan el delito urbanístico.

Pues bien, esta función regulatoria pública, cuya misión última pasa por restringir las facultades sobre la propiedad privada del titular del suelo, se revela como fundamental si queremos proteger intereses colectivos frente a posibles intereses particulares contrarios al interés general (léase especulación del suelo, construcciones en espacios naturales dignos de protección, usos de solares incompatibles con el entorno, etc.).

Imaginemos un escenario en el cual no existieran limitaciones al derecho de propiedad y que cada propietario pudiera disponer del suelo con plenitud de facultades. Este escenario posibilitaría, por ejemplo, que el propietario de una parcela urbana sita en primera línea de mar pudiera alzar una torre de hormigón que cercenara el derecho a la contemplación del paisaje del resto de habitantes del lugar. O, también, que el propietario de un terreno urbano colindante a la zona

³⁰ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Urbanístico General*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 19.

recreativa de uso público, en la cual juegan diariamente los niños del barrio, decide construir una nave industrial destinada al almacenamiento de materiales explosivos. Puede entenderse razonable que el gobierno municipal entienda conveniente no permitir aquella actividad en ese lugar³¹.

En este contexto, el Derecho urbanístico es un instrumento jurídico mediante el cual pueden imponerse limitaciones al derecho de los propietarios sobre el suelo: determinadas *alturas máximas* de sus construcciones, *retranqueos* exigibles³², *parcelas mínimas edificables*³³, suelos con previa consideración de *solares*³⁴, tipologías predefinidas de las edificaciones (colores de las paredes, tipos

³¹ Cabe apuntar que las actividades permitidas en los distintos tipos de suelo en puridad se determinan finalmente en normas sectoriales propias (i.e: normas de actividades clasificadas) diferentes a la normativa urbanística es *stricto sensu*. Ahora bien, el alcance de las normas administrativas de actividades están supeditadas igualmente al plan urbanístico, en concreto, al tipo de calificación del suelo (i.e: suelo calificado como residencial, industrial, equipamientos deportivos, viales, zonas verdes, equipamientos de saneamiento municipales, etc.).

³² Según la definición de la Real Academia Española de la Lengua, *retranquear* es «remeter el muro de fachada en la planta o plantas superiores de un edificio». Urbanísticamente el retranqueo es, pues, aquella obligación urbanística que limita la proximidad de las edificaciones y construcciones a las fachadas o linderos.

³³ Según la Real Academia de la Lengua Española la *parcela* se define como aquella «porción pequeña de terreno, de ordinario sobrante de otra mayor que se ha comprado, expropiado o adjudicado» o, también, se dice que «en el catastro, cada una de las tierras de distinto dueño que constituyen un pago o término». Asimismo, la *parcela mínima edificable* es la que comprende la menor superficie admisible por la ordenación, en concordancia con las determinaciones contenidas en el planeamiento urbanístico. En este sentido, en ocasiones, la normativa urbanística restringe el derecho o alcance edificatorio de las parcelas a que estas tengan un determinado número de m² de suelo, situación que se conoce como *parcela mínima edificable*.

³⁴ Según la Real Academia de la Lengua Española, el *solar* es aquella «porción de terreno donde se ha edificado o se destina a edificar». Especialmente relevante, por la frecuente confusión

de carpintera, cristalerías, etc.), usos permitidos, *aprovechamiento urbanístico*³⁵, etc.

terminológica existentes en la práctica, es diferenciar el concepto *solar* del de *parcela*. En este sentido el artículo 29 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, dispone que tendrán la consideración de solar «los terrenos clasificados como suelo urbano que sean aptos para la edificación, según su calificación urbanística, y que cumplan los requisitos siguientes: (a) que estén urbanizados de acuerdo con las determinaciones establecidas por el planeamiento urbanístico, o en todo caso, si éste no las específica, que dispongan de los servicios urbanísticos básicos señalados por el artículo 27.1 y confronten con una vía que disponga de alumbrado público y esté íntegramente pavimentada, incluida la zona de paso de peatones; (b) que tengan señaladas alineaciones y rasantes, si el planeamiento urbanístico las define; (c) que sean susceptibles de licencia inmediata porque no han sido incluidos en un sector sujeto a un plan de mejora urbana ni en un polígono de actuación urbanística pendientes de desarrollo; y, (d) que, para edificarlos, no se deban ceder terrenos para destinarlos a calles o a vías con vistas a regularizar alineaciones o a completar la red viaria». En este contexto, las parcelas de terrenos pueden ser no urbanizables, urbanizables o urbanas, ahora bien, el solar es solamente aquella parcela urbana susceptible de edificación, derecho que se habrá ganado si previamente ha cumplido con las exigencias urbanísticas contenidas en el plan urbanístico.

³⁵ El *aprovechamiento urbanístico* es la edificabilidad que el planeamiento urbanístico le otorga a un determinado suelo, es decir, el volumen que puede edificarse en relación a su superficie. De aquí que el aprovechamiento se cifre en metros cuadrados edificables por metro cuadrado de superficie. Encontraremos una definición legal de este concepto, por ejemplo, en el artículo 37 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña el cual dispone, entre otras, que el aprovechamiento urbanístico es «la resultante de ponderar la edificabilidad, los usos y la intensidad de los usos que asigne al suelo el planeamiento urbanístico» y que «también integra el aprovechamiento urbanístico la densidad del uso residencial, expresada en número de viviendas por hectárea». En relación a la forma de ponderación del aprovechamiento urbanístico en un ámbito de actuación urbanística, el mismo artículo referido dispone que «tanto si son sectores de planeamiento urbanístico como polígonos de actuación urbanística, se tiene que ajustar a la regla siguiente: (a) si el ámbito de actuación urbanística comprende diversas zonas, se tiene que establecer el valor relativo homogeneizado de cada una; (b) los valores homogeneizados a que se refiere la letra a deben expresar la intensidad

Estas cuestiones, las de ordenar los asentamientos urbanos, al menos por motivos de salud pública, fueron las primeras ordenaciones urbanísticas que interesaron al gobernante y motivaron históricamente las primeras normas al efecto. Después, con el paso del tiempo y los nuevos intereses sociales, el derecho urbanístico se expandió a la regulación normativa de espacios distintos al de la ciudad. Son claro ejemplo de ello las normas urbanísticas de protección del litoral, montes, o de las zonas forestales protegidas.

Asimismo, a las anteriores razones naturistas, o de ordenación inteligente de lo urbano, deben sumarse razones económicas de muy considerable peso y vinculadas al disfrute compartido, entre el titular del bien suelo, y la comunidad, de las plusvalías económicas generadas por la ordenación del territorio y el urbanismo. El uso al cual tiene derecho el titular de un determinado terreno está supeditado al uso predeterminado por la norma urbanística aplicable (en concreto,

de los usos, la rigidez a la demanda de cada uno de los usos, su localización y la repercusión admisible del valor de la urbanización o, si procede, la reurbanización.» Finalmente, debemos señalar la dicotomía existente entre aprovechamiento lucrativo y aprovechamiento no lucrativo. El primero se refiere a la edificabilidad que puede ser objeto de apropiación privada, mas no todas las edificaciones previstas o permitidas por el planeamiento urbanístico están destinadas a ser de titularidad privada, sino que algunas son dotaciones públicas; la edificabilidad de los suelos destinados a equipamientos o edificios públicos integra el aprovechamiento no lucrativo. Asimismo, en el Derecho urbanístico español existen tres tipos básicos de aprovechamiento: (a) el aprovechamiento tipo: igual a la edificabilidad de un determinado terreno que se determina mediante la asignación de una magnitud numérica en relación a una determinada área de reparto y que sirve, especialmente, para proceder a una distribución equitativa de beneficios y cargas de un proyecto de urbanización entre los distintos propietarios de un área urbanizable; (b) el aprovechamiento objetivo: aprovechamiento que el plan urbanístico asigna a un determinado terreno mediante la fijación de la edificabilidad (metros cuadrados de techo por metro cuadrado de suelo) más las condiciones generales de la edificación; y, (c) el aprovechamiento subjetivo: que es el tipo de aprovechamiento atribuido al propietario de una parcela como contenido urbanístico de su derecho de propiedad.

por el plan urbanístico). Esto significa, por poner un ejemplo, que si un municipio, a pesar de haber consumido todo el suelo urbanizable del cual disponía, sigue con expectativas de crecimiento demográfico y con ello, con necesidades de crecimiento urbano, puede reclasificar suelo rústico (cuyo aprovechamiento urbanístico -si es que lo tiene³⁶- estará limitado normalmente a actividades agrarias o ganaderas), y, con ello, posibilitará su transformación en suelo urbano.

Esta decisión municipal favorecerá especialmente al propietario de los terrenos objeto de reclasificación urbanística. Éste verá, de la noche a la mañana y sin ningún esfuerzo por su parte, incrementado notablemente el valor económico de su propiedad. Actualmente se entiende que este incremento del aprovechamiento del suelo, y, concretamente, sus plusvalías urbanísticas, deben revertir, al menos en parte, en favor de la sociedad que ha decidido graciosamente la reclasificación de los terrenos; este reparto de beneficios se materializa finalmente gracias a las normas de Derecho urbanístico.

Otro capítulo especialmente importante del Derecho urbanístico es aquel concerniente a la expropiación de terrenos privados. En ocasiones las administraciones públicas necesitarán adquirir nuevos terrenos para la construcción de nuevos equipamientos municipales, nuevas redes de transporte -autopistas, conexiones ferroviarias, etc. Todas estas cuestiones quedan reguladas por normativa urbanística, la cual, permite determinar las causas legales de expropiación y ocupación de terrenos, el procedimiento a seguir, y, la metodología de determinación del justiprecio.

³⁶ Como se ha apuntado anteriormente, en ocasiones el suelo no dispone de aprovechamiento urbanístico lucrativo (a saber: zonas verdes, equipamientos públicos, edificios municipales, etc).

Los ejemplos señalados en los párrafos anteriores son algunas de las cuestiones que intenta resolver el Derecho urbanístico actualmente. Como vemos, todas cuestiones de primer orden debido a la importancia que tiene el correcto uso del suelo en la convivencia en sociedad.

(B) Las tres fases del Derecho urbanístico

Para cumplir con su objetivo el Derecho urbanístico se estructura en tres fases diferentes. La primera fase es la del *planeamiento urbanístico*, y consiste en el proceso reflexivo mediante el cual los poderes públicos competentes procuran conocer las necesidades reales de su territorio y deciden el tipo de desarrollo urbanístico y modelo de ciudad que se quiere conseguir.

La segunda fase es la de *gestión urbanística* y comprende todas las operaciones técnicas, jurídicas y materiales necesarias para hacer real la voluntad del planeamiento urbanístico. Esta fase tiene dos etapas independientes, a saber: (i) los procesos de ejecución de las obras de infraestructura que servirán de soporte a las futuras edificaciones y que se contemplan en los *proyectos de urbanización* y; (ii) los procedimientos de transformación de la propiedad inmobiliaria (tanto jurídica como físicamente) para adaptarla a la voluntad del planeamiento urbanístico, que se consigue a través de los *proyectos de reparcelación*, *proyectos de compensación* o, en su caso, los expedientes de *expropiación urbanística*.

La tercera y última fase se centra en la *disciplina urbanística*. Esta fase solo tiene sentido una vez desarrollada jurídica y materialmente la voluntad del plan urbanístico. Esto es, una vez acabados los procedimientos de planificación y gestión tendremos el terreno preparado para usarlo según lo pretendido en el planeamiento urbanístico. Ahora bien, el particular no podrá separarse de la voluntad del planeamiento urbanístico y, para asegurar que los tratamientos del suelo que vayan a desarrollarse en el territorio coinciden con lo previsto en la norma urbanística se

utilizan tres instrumentos distintos dependiendo del momento de la intervención, a saber: la orden de ejecución, la licencia urbanística y, la orden de demolición.

En ocasiones la normativa urbanística impone una serie de obligaciones a los propietarios de edificaciones o suelos, como el desarrollo material de un sector objeto de transformación urbanística o, la obligación de conservación física de construcciones urbanas. En este contexto, con la orden de ejecución la administración conmina al titular perezoso a cumplir con su deber legal.

A diferencia de lo anterior, donde nos encontramos con un titular que omite una actuación exigida por el ordenamiento, la licencia urbanística es el instrumento mediante el cual el titular de un determinado suelo puede solicitar un permiso para realizar alguna de las facultades que le han sido permitidas en el planeamiento urbanístico.

Ahora bien, puede ocurrir (y de hecho, ocurre recurrentemente) que el particular construya en su suelo sin haber solicitado la licencia urbanística oportuna, o bien, incluso, habiéndola solicitado, la construcción realizada finalmente se aparte radicalmente de la inicialmente comunicada a la administración como obra interesada. Este último supuesto acumula gran parte de los supuestos práctico del delito urbanístico en nuestra jurisprudencia. Pues bien, en el anterior escenario, y si todavía no se han superado los límites de las infracciones administrativas y no nos encontramos ante un escenario de delito urbanístico (donde la acusación competirá al Ministerio Fiscal), la administración deberá actuar para revertir la ilegal situación, utilizando la ordena de demolición municipal (en el escenario donde el propietario ha edificado una construcción contrarios al plan urbanístico) más el expediente sancionador administrativo pertinente³⁷.

³⁷ Sin ánimo de adelantar cuestiones que serán tratadas en capítulos posteriores, cabe apuntarse que si la administración competente cumpliera con su deber legal, vigilando su territorio,

3. La evolución del Derecho urbanístico español

(A) Cuestiones previas

Convengo con PARADA VÁZQUEZ que el Derecho urbanístico «no es materia sencilla sino compleja, pero hay un método infalible para no entenderlo nunca: consiste en entrar directamente en el estudio de la normativa vigente, prescindiendo de los avatares de su vida, de su regulación en otras normas que le han precedido (...)»³⁸.

Por lo anterior, mediante los siguientes apartados se intentará explicar, de forma muy sucinta la evolución del Derecho urbanístico español, con especial atención a sus principales características metodológicas, las justificaciones de sus principales modificaciones, y, su distribución competencial en cada momento histórico singularmente considerado.

(B) El nacimiento del Derecho urbanístico español

Durante los primeros decenios del siglo XIX los gobernantes de las ciudades se enfrentaron con problemas de índole urbanística importantes, cuyas soluciones darían lugar, mejoradas con el paso de los años y las experiencias vividas en la materia, al modelo de Derecho urbanístico vigente en nuestros días.

inspeccionando las obras y construcciones levantadas y, en el caso de incumplimiento, iniciando expedientes sancionadores administrativos más instando la restitución de la legalidad urbanística a cuenta del infractor (las obligadas y necesarias obras de demolición) el delito urbanístico perdería gran parte de su actual justificación.

³⁸ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Urbanístico General*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 21.

En esa época todavía se convivía con el modelo de ciudad amurallada medieval, cuyas puertas cerraban al caer la noche, modelo que conllevaba graves problemas que debían resolverse. Por un lado, el deseable desarrollo de la ciudad se veía afectado, ya que el espacio de la misma estaba limitado por las murallas que impedían el crecimiento demográfico sostenible y la creación de espacios de aprovechamiento lúdico (nuevos paseos urbanos, parques, mayores solares para ampliar las viviendas de las clases acomodadas, etc.) cada vez más demandados por las nuevas clases sociales burguesas. Del mismo modo, la revolución industrial de la época trajo consigo la necesidad de construir fábricas y almacenes cuyo espacio no tenía fácil encaje en aquél modelo de ciudad.

No obstante, y más allá de todo lo anterior, el principal problema de aquellas ciudades de tipología medieval venía motivado por falta de elementos de saneamiento urbano junto con el concurso de la llegada de graves enfermedades contagiosas que se cebaron especialmente con las poblaciones existentes en las ciudades³⁹.

Un ejemplo paradigmático de lo anterior lo encontramos en la historia de la ciudad de Barcelona, antigua ciudadela mediterránea, en la cual, sus murallas aguantaron alzadas hasta el día 24 de agosto de 1854. En este sentido, a mitades del siglo XIX la ciudad de Barcelona era una olla a presión a punto de reventar, en la cual, casi 150.000 personas vivían conminadas entre sus murallas, siendo en aquellos tiempos la ciudad más congestionada de Europa. En este contexto, y en relación a la importancia que tuvo en su momento para la ciudad de Barcelona dejar de ser una ciudadela amurallada, creemos oportuno citar en este punto el artículo que, con motivo al ciento cincuenta aniversario del acontecimiento, se

³⁹ El lector interesado podrá completar el estudio de estas cuestiones en la recomendable obra de MONTERO VALLEJO, M, *Historia del Urbanismo en España I, del Eneolítico a la Baja Edad Media*, Navalcarnero (Madrid), editorial Cátedra, 1996.

publicó en el periódico «El País» en fecha 22 de agosto de 2004, cuyo autor fue el periodista Sebastián Tobarra, y en el cual, entre otras, pueden leerse las siguientes referencias: «el 2 de marzo de 1854, el alcalde, Antonio Aheran, reclamó el derribo en un contundente informe de 16 páginas, y el gobernador civil, el liberal Pascual Madoz, respaldó al Ayuntamiento ante el Gobierno. Apoyado por la Junta de Fábricas y la Sociedad de Amigos del País, el Ayuntamiento exigía el derribo por motivos higiénicos y económicos. Sus argumentos no eran nimios: «En vez de respirarse un puro ambiente y de ser seco el piso de las calles, el sol desciende apenas a enjuagar su humedad y el aire se renueva mal en las habitaciones bajas». Y agregaba el alcalde: (...) Una población aprisionada por un cinto de murallas» con (...) «estrechas y tortuosas calles y careciendo de plazas y paseos interiores», Y remachaba el alcalde: «Si para que no deje de ser Barcelona una plaza fortificada, deja de concederse el ensanche total de la misma, se la hiere de muerte en su porvenir fabril y comercial y en pos de ella vendrá la decadencia fabril y comercial del país⁴⁰».

Las primeras normas de naturaleza urbanística nacieron con el objetivo de intentar solucionar los problemas explicados en los párrafos anteriores.

(C) De las Leyes de Ensanche hasta la Ley del Suelo de 1956

⁴⁰ http://elpais.com/diario/2004/08/22/catalunya/1093136845_850215.html (consultado el día 19 de julio de 2016). En este artículo también pude leerse que «Derribadas las murallas, Barcelona despegó y se pudo construir el inmenso Eixample, casi 20 veces mayor que la vieja ciudad. En el medio siglo que medió entre 1854 y 1900 la ciudad ganó 350.000 habitantes y superó las 500.000 almas».

La doctrina especializada⁴¹ considera que puede hablarse del nacimiento del Derecho urbanístico español, al menos, como norma cuya pretensión es la ordenación urbanística y regulatoria del desarrollo urbano, con la Ley de Ensanche de 1864. Esta norma comportó un nuevo modelo urbanístico y vino a precisar, como propiamente indica su título, el concepto *ensanche* «entendido [éste] como la incorporación a la ciudad de unos terrenos que constituyan sus afueras, en una extensión proporcionada al incremento probable del vecindario, a juicio del Gobierno, siempre que aquellos terrenos hayan de convertirse en calles, plazas, mercados, jardines y edificios urbanos⁴²».

La Ley de Ensanche de 1864 no imponía a los propietarios de los terrenos que iban a ser objeto del proceso de urbanización la obligación de soportar parte de los costes de las obras de transformación del suelo. En aquél momento la Administración decidía libremente el momento y alcance de la urbanización, expropiando a su costa los terrenos necesarios para dar cumplimiento al proyecto pretendido y ejecutando las obras necesarias asumiendo el coste de las mismas. Este modelo conllevaba que los propietarios privados de los terrenos transformados urbanísticamente se apropiasen directamente de las plusvalías generadas por la urbanización sin haber contribuido con los costes de tal transformación urbana. En palabras de PARADA VÁZQUEZ «este sistema se justificó entonces por la necesidad imperiosa de contra con nuevas viviendas (...). Ante una grave escasez de viviendas, no se piensa más que en aumentar el número de solares edificables,

⁴¹ Por ejemplo, PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Urbanístico General*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p 24; y, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Manual de Derecho Urbanístico*, 24 edición, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos, 2016 p. 18.

⁴² ANGOSTO SÁEZ, J.F, *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano*, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1998, p.39.

estimulando la posterior edificación para rebajar el precio de las viviendas y el de los alquileres».

Este modelo urbanizador fue fuertemente criticado por parte de los especialistas del momento. Por ejemplo, ILDEFONSO CERDÁ (responsable, entre otras, del Plan del Ensanche de la ciudad de Barcelona y el Plan de Viabilidad Urbana de la ciudad de Madrid; y, considerado por muchos como el teórico más importante del Urbanismo español) defendió que no era razonable que los particulares propietarios de los terrenos disfrutaran egoístamente de los beneficios y plusvalías nacidas de la urbanización del suelo si las obras eran soportadas exclusivamente por la administración municipal. En concreto, de él puede leerse lo siguiente: «Obligar a que un Ayuntamiento expropie los edificios, compre los solares que han de ocupar las calles, explane y afirme el terreno por donde ellos hayan de pasar y costee además la construcción de alcantarillas, la colocación de las cañerías para la conducción del agua potable y del gas, ponga los faroles para el alumbrado y establezca además todo cuanto exija el servicio de la misma calle, dejando a los propietarios colindantes por ambos lados el derecho de edificar como y cuando les plazca y el de duplicar sus rentas, subiendo sin tasa ni medida los alquileres, explotando de esta manera los sacrificios hechos por la Administración, es, fuera de toda duda, lo más antinatural, lo más absurdo, lo más inicuo que darse puede⁴³».

La crítica realizada por ILDEFONSO CERDÁ afectó al legislador español. En este sentido, en la segunda Ley de Ensanche, de 22 de diciembre de 1876, los propietarios de los terrenos afectados por la transformación urbanística vieron

⁴³ ILDEFONSO CERDÁ, *Teoría general de la urbanización y aplicación de sus principios y doctrinas a la reforma y ensanche de Barcelona*, Madrid, Imprenta Española, 1867. Libro reeditado por el Instituto de Estudios Fiscales.

como se les obligaba a ceder los suelos necesarios para la construcción de viales⁴⁴. Esta técnica (inicialmente limitada a la cesión obligatoria de una quinta parte del suelo de las fincas con fachada a las vías urbanas proyectadas) tuvo continuidad y ampliación, primero en las Leyes de Ensanche de Madrid y Barcelona, de 26 de julio de 1892 y después, al resto de municipios españoles (aumentándose incluso considerablemente el porcentaje de suelo sujeto a cesión obligatoria hasta la mitad de los terrenos destinado a viales y espacios públicos).

A partir de estas primeras obligaciones urbanísticas referentes a cesiones de suelo se abrirá paso una filosofía que concebía al Derecho urbanístico como una potestad de interés general, cuyos beneficios debían concederse a la comunidad. El urbanismo era obra pública, y, como tal, las plusvalías generadas no podían beneficiar únicamente (o mayoritariamente) a los titulares del suelo transformado, sino que éstas serían concebidas como ganancias de todos los vecinos del municipio. No debe olvidarse que los propietarios de los suelos ribereños no habían hecho nada para merecer el incremento de valor de sus suelos, ya que, la transformación del terreno, mejorando sus calles, viales, o urbanizando suelos rurales, era decidida graciosamente por el municipio y soportada económicamente por la comunidad. Por ello, para compensar el beneficio resultante de la transformación del suelo, y que la plusvalía urbanística descansase finalmente en la comunidad, mediante la Ley de Expropiación Forzosa de 1879 se entendió oportuno incrementar las obligaciones de los propietarios de los terrenos objeto de urbanización, facilitándose en favor de la comunidad la expropiación de terrenos destinados a viales y espacios públicos, más, los terrenos que estaban destinados a nuevos

⁴⁴ Al respecto, ILDEFONSO CERDÁ señaló que «si las calles y las plazas son un accesorio necesario, un apéndice indispensable, una parte integrante de las casas a ellas unidas y la base fundamental de su valor, es natural, es lógico, es justo, que las costeen los dueños de las mismas casas.

solares edificables, todo ello a precio de suelo rústico sin consideraciones especulativas futuras.

Esta filosofía urbanística referida se consolidó en el Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924 y el Reglamento de Obras de 14 de julio de 1924, así como en el Texto Refundido de Régimen Local del año 1955, filosofía que se prolongó hasta la mitad del Siglo XX, en concreto, hasta la llegada de la Ley del Suelo de 1956, norma que será analizada individualmente en el siguiente apartado.

Como hemos apuntado, en esta etapa el Derecho urbanístico tenía vocación de obra pública utilizada exclusivamente por la administración territorial competente, titular en exclusiva del derecho a urbanizar. El Derecho urbanístico era el instrumento utilizado para ejecutar obras de saneamiento interiores de la ciudad, proceder a ensanchar los términos y espacios del municipio, o, ampliar el suelo urbano disponible a través de la urbanización de suelo rústico, cuyas posibles plusvalías se quedaban parcialmente en beneficio de la comunidad. Los particulares participaban muy residualmente del Derecho urbanístico de aquél periodo, con salvedad de las obligaciones referidas relativas a la cesión obligatoria de los terrenos destinados a viales o, la venta obligatoria (vía expropiación) de los suelos, a precio rústico y sin valorar en ningún caso las plusvalías futuras.

En definitiva, antes de la Ley del Suelo de 1956 (pieza fundamental del actual Derecho urbanístico español) encontramos básicamente un Derecho urbanístico de naturaleza liberal cuyo propósito se centrará en superar al modelo de la ciudadela medieval que sobrevive hasta el inicio de la revolución industrial. Debe recordarse que las murallas que rodeaban aquella antigua ciudad medieval no solamente impedían el crecimiento de la misma sino que eran auténticas barreras aduaneras que gravaban el comercio de mercancías.

Asimismo, en esta etapa no se superó la concepción romana de la propiedad del suelo sino que simplemente se articularon una serie de instrumentos normativos que vendrían a propiciar el *ensanche* ordenado e inteligente de la ciudad.

(D) La nueva situación del Derecho urbanístico a partir de la Ley del Suelo de 1956

Podemos situar el nacimiento del *moderno* Derecho urbanístico con la promulgación de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1956, que constituye, como han sostenido GARCÍA DE ENTERRÍA, y PAREJO ALFONSO, «el verdadero acta de nacimiento de un Derecho Urbanístico Español por fin maduro, orgánico y omnicomprensivo, lejos del casuismo normativo, de las timideces y del arbitrio ocasional de los cien años anteriores, animado de criterios técnicos profundos, por supuesto discutibles, pero que intentan responder a la vasta problemática de los conflictos de intereses privados y colectivos que suscita la realidad del urbanismo contemporáneo⁴⁵».

Como se ha dicho más arriba, antes de la entrada en vigor de la Ley del Suelo de 1956 el Derecho urbanístico se centraba prácticamente en exclusiva a las cuestiones de lo urbano, y, por ello, las competencias eran una cuestión esencialmente de orden municipal. Con la llegada de la modernidad urbanística (atribuía en España a la entrada en vigor de la Ley del Suelo de 1956), el Estado asumió gran parte de las competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo. En favor del Estado se reservó, por ejemplo, la competencia de aprobar

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E, y PAREJO ALFONSO, L, *Lecciones de Derecho urbanístico*, 2ª edición, Civitas, 1981, p. 94.

definitivamente los planteamientos urbanísticos municipales y la vigilancia de la disciplina urbanística.

Debemos avisar que esta Ley, en base a la incapacidad o falta de voluntad de la administración pública que estaba obligada a ejecutarla, no tuvo el éxito deseable, no obstante, con ella se aportaron una serie de modificaciones en la lógica y metodología del Derecho urbanístico español que se han quedado definitivamente con nosotros. En este sentido, tres son, según mi opinión, las novedades técnicas más importantes que esta Ley ofrece al Derecho urbanístico español, a saber: (i) la obligación de planificar urbanísticamente todo el territorio nacional, obligación que afectaba principalmente a los municipios; (ii) el nuevo derecho privado a la urbanización de terrenos; y, (iii) el cambio del estatuto del régimen de propiedad del suelo, vinculado ahora a un interés social de la comunidad.

Si bien consideramos, al menos en términos generales, que las novedades de la Ley del Suelo de 1956 fueron mayoritariamente aciertos técnicos, como es consustancial a toda modificación normativa la misma tiene luces y sombras y, por ello, parte de la Doctrina ha venido criticando alguna de sus consecuencias, en especial: un posible incremento de las tendencias especulativas del suelo y, el aumento de la corrupción urbanística.

(i) La obligada planificación urbanística integral de todo el territorio nacional

Mediante la Ley del Suelo de 1956 se reclamó a los poderes públicos que realizaran todas las actuaciones necesarias para ordenar urbanísticamente todo el territorio nacional, «tanto en lo que respecta a la planificación, como en lo que se refiere a la determinación del régimen jurídico del suelo, la ejecución de las urbanizaciones y el fomento intervención de las facultades dominicales relativas al

uso del suelo y su edificación⁴⁶». En este sentido no puede ser más claro el artículo primero de la Ley del Suelo al disponer que: «Es objeto de la presente Ley la ordenación urbanística en todo el territorio nacional».

Antes de esta Ley la planificación urbanística se limitaba a las zonas de reforma interior de las ciudades o de ensanche de las mismas para la ejecución de proyectos de urbanización municipales. Fuera de la ciudad, como ya ha sido apuntado en páginas anteriores, la ordenación urbanística no tenía un especial interés para el gobernante; todavía no se pensaba en cuestiones como la protección del medio ambiente o del suelo en su condición de recurso natural limitado⁴⁷.

Algunos autores como FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ han opinado que la ambiciosa propuesta planificadora contenida en la Ley de 1956 fue el motivo de su fracaso. Estamos de acuerdo con este autor. Si se articulaba todo el peso de la reforma legislativa en la efectiva planificación del territorio nacional, y se dejaba esta operación en manos de las administraciones responsables, necesariamente el sistema fallaría si los municipios (principales encargados de planificar el suelo) incumplían (por los motivos que fuese -desidia, irresponsabilidad, falta de medios materiales, falta de capacidad técnica, etc.) su deber legal.

⁴⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Manual de Derecho Urbanístico*, 24 edición, Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, 2016, pp. 21 y 22.

⁴⁷ Debe entenderse la despreocupación del político en ordenar en aquellos tiempos los usos de los terrenos rurales ya que las técnicas edificatorias existentes en esos momentos no tenían la peligrosidad de hoy día. Asimismo, las vías públicas de transporte eran todavía muy deficientes (por no decir directamente inexistentes) y, tampoco se había popularizado aún el vehículo particular, con el cual se permitió al ciudadano vivir alejado de su centro de trabajo y motivó con el tiempo toda suerte de urbanizaciones ilegales en el campo.

Lamentablemente la actividad planificadora se desarrolló con escandalosa lentitud y desidia: pasados veinte años de la entrada en vigor del texto legal en España solamente unos seiscientos Ayuntamientos (de los casi ocho mil existentes) contaban con un Plan General Municipal que ordenase urbanísticamente el suelo de su municipio.

En este contexto, el principal problema que generó la ausencia de políticas municipales de planeamiento de suelo (además de atacar a la seguridad jurídica y minar en los particulares la credibilidad *-opinio iuris-* de la Ley⁴⁸) fue el incremento exagerado de la tendencia especulativa del suelo: el nuevo suelo edificable solamente podía ser creado por el plan urbanístico municipal, y, como éste no fue creado a la vez que aumentaba su demanda, el suelo urbanizable existente aumento sustancialmente de valor (regla básica de oferta y demanda).

(ii) La urbanización del suelo como actividad de impulso privado

Como se ha apuntado anteriormente, antes de la entrada en vigor de la Ley de 1956 la urbanización era una actividad pública que podía ejecutar la administración territorial competente de forma discrecional pero que en ningún caso podía realizar el titular privado de unos terrenos no urbanizados sin la voluntad de la administración.

Esto es, si el municipio, por ejemplo, entendía que por motivos de policía y salud pública debía proceder a sanear su casco urbano podía expropiar a su costa

⁴⁸ La Ley del Suelo de 1956 mandaba ordenar el suelo a través de los planes urbanísticos y, con sujeción a los mismos los particulares podrían realizar sus derechos edificatorios en sus terrenos. No obstante, atendiendo a pasados veinte años de la entrada en vigor de la Ley solamente un 7,5 por ciento del territorio español contaba con un planeamiento municipal aprobado y en vigor, los particulares actuaron sobre sus propiedades sin atender a los postulados legales y edificaron recurrentemente en base a un vacío normativo que les impusiera limitaciones.

una serie de terrenos y transformarlos, vía procedimientos de urbanización, al objeto pretendido. Lo mismo ocurría con las políticas de ensanche o de transformación de suelo rústico en urbano. En todos ellos, el particular quedaba al margen de la capacidad urbanizadora y, con ello, se evitaba la especulación del suelo más la adquisición privativa de las plusvalías generadas por la urbanización.

Este modo de entender los procedimientos de urbanización murió con la Ley del Suelo de 1956, cuya Exposición de Motivos señalaba que «ideal en la empresa urbanística pudiera ser que todo el suelo necesario para la expansión de las poblaciones fuera de propiedad pública, mediante justa adquisición, para ofrecerle, una vez urbanizado, a quienes desearan edificar, la solución, sin embargo, no es viable en España. Requeriría fondos extraordinariamente cuantiosos, que no pueden ser desviados de otros objetivos nacionales, y causaría graves quebrantos a la propiedad y a la iniciativa privadas». Como se observa, el cambio de modelo fue motivado únicamente por motivos económicos ya que la administración seguía reconociendo que el sistema ideal era la urbanización como actividad pública.

En relación a este cambio de modelo y completando lo dicho hasta aquí, en la misma Exposición de Motivos de la Ley de 1956 también puede leerse que «el beneficio que puede obtenerse de transformar terreno rústico en solar es perfectamente lícito, siempre que sea el propietario quien haya costado la urbanización determinante de aquella mejora y subsiguiente incremento de valor».

Mediante esta Ley se cambia pues el paradigma existente hasta entonces, según el cual, el titular del derecho a urbanizar suelo, y transformarlo a efectos de posibilitar su futura edificación, era exclusivamente el Estado, si bien, a tenor de lo dispuesto en la Exposición de Motivos, este cambio de paradigma venía motivado por cuestiones estrictamente financieras o de capacidad económica de las administraciones públicas.

En palabras de PARADA VÁZQUEZ «ampliar la ciudad, crear nuevos barrios, urbanizar en suma es ahora competencia y negocio de los propietarios que tienen sus terrenos enclavados en las zonas que el Plan define como suelo urbano y de reserva urbana o urbanizable⁴⁹».

En definitiva, «la desigualdad entre unos y otros propietarios y el favorecimiento de la especulación se manifestará en reservar a una pequeña parte de los propietarios de terrenos del municipio el derecho a urbanizar, pero también en que los terrenos a efectos expropiatorios se valorarán incluyendo las plusvalías y aprovechamientos urbanísticos creados por los propios Planes Generales⁵⁰».

Con este nuevo paradigma, en el cual, la urbanización del suelo podía ser una actividad privada cuyos beneficios económicos y plusvalías urbanísticas ganaban los promotores particulares, éstos podían (y así hicieron) dedicarse a la especulación del suelo como negocio altamente lucrativo: comprar y retener nuevos suelos esperando a futuro una modificación del planeamiento que les confiriera más edificabilidad y, por ende, mayor aprovechamiento lucrativo.

El sistema anterior no privilegiaba a ningún titular del suelo ya que el derecho a urbanizar era monopolizado por el Estado y los particulares carecían de la posibilidad de negociar con aquella actividad y apropiarse del aprovechamiento urbanístico previsto en el planeamiento. No obstante, en el nuevo escenario los propietarios de suelos clasificados como urbanos o urbanizables (entonces estos últimos definidos como «suelos de reserva urbana») sí podrán proceder a

⁴⁹ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Urbanístico General*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p 43.

⁵⁰ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Urbanístico General*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p 44.

encargarse de la urbanización como si de otra empresa se tratara, buscando, como es obvio, rentabilizar al máximo los beneficios económicos.

A diferencia de lo anterior, los propietarios del suelo rústico (la gran mayoría del terreno) no disponían de ningún derecho urbanizador; a éstos únicamente se les permitía entonces (actualmente no existe en la normativa vigente tal previsión) a la luz del artículo 69 de la Ley, edificar residualmente y como máximo en la proporción de un metro cúbico por cada cinco metros cuadrados de superficie⁵¹.

De todo lo anterior se deriva dos consecuencias negativas, por un lado el incremento de la corrupción urbanística y, por otro, la consolidación de la especulación del suelo como tendencia permitida.

Como hemos ido viendo, el derecho a urbanizar, históricamente actividad monopolizada por el Estado, pasa, en las ocasiones que así lo decida el planificador municipal⁵², a manos de los titulares de terrenos clasificados como urbanos o

⁵¹ A excepción, como el mismo artículo 69 indicaba, de los casos siguientes: «(a) construcciones destinadas a explotaciones agrícolas, silos o viviendas obligatorias en fincas mejorables, que respondan a planes o normas del Ministerio de Agricultura; (b) construcciones o instalaciones necesariamente vinculadas a determinados terrenos: las que desarrollaren un fin nacional, social, asistencial, educativo, sanitario o turístico, que exija emplazarlas en el medio rural, y la edificación singular de vivienda unifamiliar en lugares alejados de los centros urbanos, en los que no exista peligro de formación de un núcleo de población, en todos los cuales podrán permitirse mayores volúmenes de edificación (...)».

⁵² El artículo 113 de la Ley del Suelo de 1956, en relación a los sistemas de actuación urbanística determina que «el Ayuntamiento u órgano gestor elegirá el sistema o sistemas aplicables a la población y a cada uno de sus sectores, según las necesidades, medios económicos financieros con que cuente, colaboración de la iniciativa privada y demás circunstancias», y, sigue diciendo que «Si el Plan de ordenación no precisare el sistema que haya de seguirse en un polígono o no lo acordare el Órgano gestor de la urbanización, tendrán carácter preferente: (a) el de cooperación, cuando se trate de sectores o vías de nueva urbanización; y (b) el de cesión de terrenos viales, con

urbanizables. Ésta decisión se configura prácticamente en una facultad discrecional del político municipal. Esto es: el gobernante local puede decidir que terrenos rústicos pasarán a reclasificarse a suelo urbanizable (entonces de reserva urbana) aumentándose con ello de forma muy considerable el valor de mercado de esos suelos.

En base al gran negocio que era (y sigue siendo) el Derecho urbanístico, y que ahora la Ley permitía la urbanización como obra privada, aumentaron las negociaciones en las cuales los empresarios corruptores *animaban* a través de todo tipo de promesas o prebendas a los gobernantes corruptos a dibujar con su lápiz nuevas zonas urbanizables que les favorecieran y les permitieran, en definitiva, ejecutar unas obras de urbanización que aumentarían notablemente el valor de sus terrenos. Este problema definitivamente se ha quedado con nosotros y en la actualidad constituye tristemente una de las principales causas de corrupción de lo público.

Asimismo, y en relación a la especulación del suelo, en las legislaciones anteriores el propietario del suelo sujeto a urbanización que no ejecutase las obras correspondientes en el plazo establecido en el plan urbanístico podía sufrir la confiscación de su terreno.

Pues bien, la confiscación del suelo desapareció como posibilidad en la Ley del Suelo de 1956 y, a partir de la misma, la consecuencia jurídica permitida pasaba a ser la expropiación, método que a priori nos podría parecer más justo si no fuese porque para determinar el justiprecio de la expropiación debían valorándose, según la nueva norma, también las plusvalías y aprovechamientos urbanísticos predeterminados por el planeamiento urbanístico, de modo que, si la

imposición de contribuciones especiales cuando se tratare de sectores parcialmente urbanizados y edificados».

Administración necesitaba adquirir nuevo suelo debería asumir, no solamente su valor rústico natural real, sino también, el coste relativo al valor edificatorio artificialmente creado por el planificador municipal.

En efecto, el artículo 85 de la Ley del Suelo disponía que las valoraciones de los terrenos se efectuarían teniendo en cuenta los diferentes valores, estructurados, a su vez, en cuatro tipologías distintas, a saber: (i) inicial; (ii) expectante; (iii) urbanístico y, (iv) comercial. En este contexto, y en relación a las valoraciones de los terrenos en la exposición de motivos de la Ley del Suelo 1956 se dispuso que el valor inicial sería el de todo terreno sobre el cual no se haya ejercido ninguna acción urbanística; el valor expectante correspondería a las posibilidades reales de edificación de utilización urbana, referidas al momento de la valoración y atendida la superficie que esté en condiciones análogas de ulterior aprovechamiento, de modo que el aumento de precio, que legítimamente cupiese admitir, se distribuya proporcionalmente entre todos los propietarios en situación similar; el valor urbanístico se estimaría en una proporción del coste previsible de la edificación permitida en cada terreno, según la naturaleza de las zonas y el grado de urbanización; y, en determinados supuestos se permitiría reconocer valores comerciales, fijados con arreglo a la Ley de Expropiación Forzosa vigente.

(iii) El nuevo régimen estatutario de la propiedad

Una de las características principales de esta Ley la encontramos en el cambio del estatuto del régimen a la propiedad sobre el suelo. Como hemos apuntado en páginas anteriores, el régimen de la propiedad en España, en el marco de lo dispuesto en el artículo 348 del Código civil, estaba configurado bajo la luz de la antigua concepción románica de la propiedad privada, esto es: un derecho cuasi ilimitado del titular del bien cuya frontera dispositiva se encontraba más en sus posibilidades materiales de ejecución que no en las eventuales restricciones legales.

Pues bien, a partir de la Ley del Suelo de 1956 se pretendió limitar las facultades de los propietarios de los terrenos a lo previamente determinado en la Ley urbanística y en el planeamiento urbanístico municipal. Se paso, por ello, de un derecho del propietario a levantar cualquier edificación que no estuviera prohibida por la norma (salvo las excepciones vistas más arriba relativas a posibles limitaciones edificatorias en lugares poblados por razones de policía municipal o, restricciones a las nuevas construcciones que pudieran afectar a las políticas de ensanche urbanísticas de las ciudades) a, un escenario en el cual el titular del suelo solamente podía construir lo que previamente el planeamiento urbanístico le hubiera facultado.

Esto significó, en palabras de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que el «*ius aedificandi*, que era, obviamente, el primero y más importante de los contenidos potenciales del derecho de propiedad, pasó a ser, consiguientemente, una atribución expresa del plan urbanístico, atribución que éste hace en consideración del espacio planeado y cuya adquisición efectiva por el titular del suelo se subordina al cumplimiento por el mismo de dos deberes esenciales: contribuir a los gastos de urbanización y edificar en la forma y plazos que el plan precise⁵³».

(E) La reforma legal producida en el año 1975

No hay gran discusión doctrinal acerca del fracaso de la Ley de 1956. Ello incluso se constata en la la Exposición de motivos de la Ley 19/1975, de 2 de mayo que modifica por primera vez vino a modificar el texto de la Ley de 1956, apuntándose literalmente que «a pesar de los esfuerzos de gestión desarrollados en los últimos años y de las cuantiosas sumas invertidas para regular el mercado del suelo, el proceso de desarrollo urbano se caracteriza, en general, por la

⁵³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Manual de Derecho Urbanístico*, 24 edición, Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, 2016, p 22.

densificación congestiva de los cascos centrales de las ciudades, el desorden de la periferia, la indisciplina urbanística y los precios crecientes o injustificados del suelo apto para el crecimiento de las ciudades».

Ahora bien, lo anterior no significa que el legislador entendiera que el motivo del fracaso de la Ley fuese consecuencia de un deficiente nivel técnico de la misma, y que por ende, aquella debiera ser objeto de una profunda formulación; más bien al contrario⁵⁴.

⁵⁴ En este contexto, en la Exposición de Motivos de la Ley 19/1975 se señalan, como motivos principales del fracaso de la Ley de 1956 y, por tanto, causas justificativas de su reforma, las siguientes: «(a) una insuficiente incidencia de la planificación económica en la planificación física y una concepción del plan urbanístico, introducida en la legislación española al hilo de la doctrina dominante en la época en que se promulgó la Ley del Suelo, como un documento cerrado, estático y acabado, imagen anticipada de la ciudad en el año horizonte y limitado a los aspectos físicos de proceso de urbanización, que ha sido superada ya desde una perspectiva teórica y que se revela en la práctica como incapaz de dirigir el proceso urbano con la dinámica que exigen las actuales circunstancias; (b) la indisciplina urbanística, que ha encontrado en la inadaptación de los Planes a las necesidades cambiantes la disculpa permanentemente invocada y que se ha visto también favorecida por las quiebras que el vigente ordenamiento ofrece al principio de distribución justa y equitativa de las cargas y beneficios del planeamiento y de la urbanización, por la indefensión que ha supuesto para el interés público la aplicación generosa del principio de responsabilidad de la Administración frente a los afectados por la anulación de licencias ilegales, aunque pudieran concurrir en su actuación, dolo, culpa o negligencia graves; por la ineficacia de los instrumentos de control y de restablecimiento del orden urbanístico y por la desproporción entre la responsabilidad política de los órganos estatales que tienen atribuido el ejercicio de la tutela urbanística y sus efectivas facultades para cuidar adecuadamente esta parcela del interés público.; (c) la inadecuación de las estructuras administrativas y de los mecanismos de coordinación y tutela entre las distintas administraciones interesadas, a la creciente complejidad de los fenómenos de ordenación urbanística del territorio; (d) el uso abusivo de las normas sobre fomento de la edificación, invocadas en gran número de casos con el propósito fundamental de eludir el rigor de la legislación de arrendamientos, y los beneficios extraordinarios que ofrece la concesión de grandes volúmenes de edificación, insuficientemente contrapesados por las correspondientes cargas,

En concreto, en la Exposición de Motivos de la Ley 19/1975 puede leerse al respecto que: «las causas de esta situación son, evidentemente, complejas. Algunas se pueden situar con seguridad en el marco del ordenamiento jurídico, sin que ello deba sorprender si se tiene en cuenta que la vigente Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana se promulga antes de que se inicie con todo su vigor el proceso de «urbanización» acelerada en España. Intuido, sin embargo, este proceso por el legislador en mil novecientos cincuenta y seis, muchos de los problemas que comporta fueron previsoramente contemplados y se puede decir que los principios que inspiran la Ley del Suelo tienen validez casi permanente. Con toda justicia recibió este texto legal una excelente acogida por parte de la crítica científica especializada, y la mejor prueba de su magnífica factura técnica y del general acierto de su concepción es que dieciséis años después de su promulgación puede ser el soporte estructural de una reforma legislativa que pretende poner al día el ordenamiento jurídico en una parcela tan conflictiva y dinámica de la realidad. Y es que como luego se verá, los problemas no derivan tanto de la vigencia de aquellos principios, sino más bien de su desarrollo insuficiente, de la defectuosa instrumentación de las medidas articuladas para hacerlos efectivos, de la

factores ambos que han contribuido notablemente a la densificación de los cascos urbanos; (e) desde el punto de vista de la política urbanística, el condicionante fundamental de la oferta de suelo y de su precio excesivo lo constituye la escasez de suelo urbanizado. Dicha escasez viene determinada fundamentalmente por los propios planes cuando califican como apto para el desarrollo urbano una cantidad de suelo insuficiente para atender, en condiciones razonables de competencia, las necesidades de la demanda; por el déficit acumulado de infraestructuras primarias y secundarias; por un régimen jurídico del suelo que no ha constituido estímulo suficiente contra las ventajas que en la retención han encontrado los propietarios desde su posición dominante en este mercado y por unas normas de ejecución de los planes que no han acertado a coordinar las inversiones públicas y las privadas ni a hacer compatibles la agilidad en la actuación y la justicia en la distribución de beneficios y cargas».

inadaptación de esas medidas a las circunstancias cambiantes del país o de la inaplicación o aplicación ineficaz de esas propias medidas».

Puede decirse entonces que el legislador de 1975 entendió que la reforma que debía llevarse a cabo mediante la Ley de 1975 fuera de poca intensidad y, con ello, se decidió dar continuidad a la mayoría de ideas, metodologías e instrumentos urbanísticos plasmados en la Ley del Suelo de 1956. Por ejemplo, en materia de distribución competencial, mediante la reforma operada mediante la Ley del Suelo de 1975, y posterior Texto Refundido de 1976, prácticamente no se modificó el reparto de competencias administrativas en materia de ordenación del territorio. También, en relación a las competencias municipales, el artículo 214 del Texto Refundido de 1976 dispuso que «la competencia urbanística de los Ayuntamientos comprenderá todas las facultades que siendo de índole local no hubiesen sido expresamente atribuidas por la presente Ley a otros Organismos» y, en este contexto, el artículo 35 (que articulaba la atribución competencial en materia de aprobación de planes urbanísticos) dispuso que «la competencia para aprobar definitivamente los Planes y proyectos corresponderá: (a) a las Cortes, el Plan Nacional de Ordenación; (b) al Consejo de Ministros, los Planes Directores Territoriales de Coordinación; (c) al Ministro de la Vivienda, los Planes, Programas de Actuación Urbanística y Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento que se refieran a capitales de provincia o poblaciones de más de cincuenta mil habitantes y, en todo caso, los que afecten a varios municipios; (d) a las Comisiones Provinciales de Urbanismo, los Planes, Programas de Actuación Urbanística y Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento, en los restantes casos y siempre la de los Proyectos de Urbanización; (e) A las Corporaciones Municipales competentes los Estudios de Detalle, dando cuenta a la Comisión Provincial de Urbanismo». En el segundo apartado del mismo artículo se acababa señalando que «cuando la iniciativa de los Planes Especiales se deba a Entidades Locales o Urbanísticas Especiales, su aprobación definitiva, corresponderá: (a) Si desarrollan un Plan General de Ordenación, a los Órganos

competentes para aprobar los Planes Parciales (b) En los demás casos al Ministro de la Vivienda».

Entre las modificaciones de poco calado normativo, pero que deben tenerse en consideración por su importancia terminológica, por ejemplo, se cambió el nombre del «suelo de reserva urbana», que, a partir de la reforma, se conoció como «suelo urbanizable» y, el del «suelo rústico» en favor del de «suelo no urbanizable»⁵⁵.

Asimismo, y en relación a las modificaciones legales más de fondo que propició la reforma de 1975 destacaríamos las tres siguientes:

(i) Reducir los privilegios urbanísticos de los propietarios del suelo urbanizable

Uno de los principales problemas que se detectaron (y que ha sido apuntado más arriba) fue la evidente posición de privilegio de la cual disfrutaban los propietarios de terrenos clasificados en suelo urbanizable. En este contexto, y al objeto de intentar reducir su privilegio, la nueva norma aumentó los porcentajes de cesiones obligatorias de terrenos en favor de la Administración competente (que serían destinados básicamente a equipamientos municipales) y, simplificó los

⁵⁵ Sin avanzar definitivamente cuestiones que serán tratadas en páginas posteriores (concretamente, cuando se hable de la clasificación del suelo), simplemente señalar que el mismo objeto urbanístico ha dispuesto, durante los últimos cincuenta años, indistintamente, de tres definiciones independientes, a saber: suelo no urbanizable, suelo rústico, o/y, suelo rural. Como será estudiado en su momento, la tipicidad del tipo básico del delito urbanístico habla únicamente de suelo no urbanizable, aunque, como se verá, en aquél también se incluyen las obras, construcciones o edificaciones levantadas en el suelo rural o rústico, que, como decimos, en definitiva responden al mismo objeto urbanístico (aunque, sin duda, cabrían plantearse en un procedimiento penal problemas de interpretación analógica del elemento típico).

criterios de determinación del justiprecio de la eventual expropiación de terrenos «que ahora se reducen al valor inicial y al valor urbanístico (eliminándose el valor expectante y el valor comercial), introduciéndose criterios fiscales para valorar los aprovechamientos y deduciéndose en aquél los terrenos de cesión obligatoria⁵⁶».

(ii) Aprovechamiento urbanístico compartido

Una de las modificaciones que ha acumulado más posiciones encontradas ha sido la concerniente a introducir al municipio en el lucrativo negocio del urbanismo. En concreto, la Ley del 1975 otorgó a la administración local el derecho a reclamar un porcentaje del 10 por 100 del aprovechamiento medio del sector resultante de las obras de urbanización (porcentaje incrementado en posteriores reformas legislativas a un 15 por 100 del aprovechamiento medio del sector).

Parte de los especialistas aplauden este derecho ya que este porcentaje de aprovechamiento lucrativo se ha revelado, durante los últimos años, como uno de los grandes métodos de financiación de la mayoría de Ayuntamientos del país. Asimismo, los terrenos adquiridos por estas vías pasan a formar parte de los patrimonios municipales de suelo, los cuales, bien gestionados por los políticos municipales (a través de la proyección de viviendas de protección oficial o la venta de terrenos municipales para nuevas urbanizaciones a precios menores que las ofrecidas por el mercado privado de suelo, etc.) podrían servir para frenar o limitar la tendencia especulativa del mercado urbanístico en general y del precio de la vivienda en particular.

Ahora bien, no puede silenciarse que la experiencia acumulada ha sido contraria a los postulados apuntados. Esto es: en la búsqueda de maximizar los beneficios económicos de sus recursos (o, incluso, para lucrarse personalmente: en

⁵⁶ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Urbanístico General*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p 51.

los últimos tiempos hemos conocido una intolerable lista de casos de corrupción urbanística municipal) algunos políticos municipales han actuado como auténticos promotores mercantiles de suelos privados y, con ello, han acentuado aun más la tendencia especulativa de los terrenos urbanizables sites en sus municipios⁵⁷.

(iii) Eliminación de la edificabilidad general en suelo rústico (suelo no urbanizable)

⁵⁷ En estos términos se expresa, entre otros, VERCHER NOGUERA, A., «Reflexiones sobre corrupción y urbanismo», en *Fraude y Corrupción en la Administración pública*, editorial Universidad de Salamanca, 2002, pp 309 y 310, cuando señala que: «Los Ayuntamientos pueden vender suelo público, pudiendo determinar con esa venta el precio del suelo. El Ayuntamiento de Madrid, por ejemplo, ha cuadruplicado desde 1999 los ingresos por venta de suelo público. En este caso concreto la argumentación del Ayuntamiento era que gracias a esas ventas el suelo de la vivienda no ha aumentado tanto como pudiera haberlo hecho. La oposición, sin embargo, ha mantenido que de haberse construido viviendas sociales en ese suelo, en lugar de vender los terrenos, posiblemente sí se hubiera notado una fuerte incidencia en los precios de las viviendas. Se han dado incluso casos de proceder las corporaciones locales a la venta de suelo público para ajustar los presupuestos municipales, evitando con ello subir los impuestos, que es una medida que resulta casi siempre altamente impopular. (...) los Ayuntamientos se financian en gran parte con el suelo y la vivienda. Las declaraciones del presidente del Consejo General de Arquitectura Técnica son perfectamente reveladoras: «La política de los últimos quince o veinte años en ese campo ha sido mala. Los Ayuntamientos han jugado una baza que no sé como vamos ha deshacer, porque se financian con el suelo y la vivienda... Los planes generales pueden variar la calificación de los suelos. De hecho se cambian con estudios de detalle. Por ejemplo, en la Castellana con la ciudad Deportiva del Real Madrid y la Operación Chamartín. ¿Cuanto se llevan el Ayuntamiento y la Comunidad en ese trato? Muchísimo (...). Tal como ponía de manifiesto en otra publicación, se calcula que aproximadamente el 30% de los presupuestos de las corporaciones locales lo cubren los ingresos procedentes de recalificaciones del suelo, de incremento del valor de los suelos o plusvalías y de los impuestos de licencias de obras. Esa es la razón por la que se ha pedido que el urbanismo deje de ser fuente de financiación de los municipios, planteándose, como solución alternativa, una mayor participación de los Ayuntamientos en los tributos del Estado».

Asimismo, quizá una de las principales modificaciones, al menos en lo que atañe al actual delito urbanístico, sea la eliminación de la edificabilidad general existente para los terrenos clasificados en suelo rústico o no urbanizable. Esto es, hasta el año 1975 en España se permitía una edificabilidad residual sobre el suelo no urbanizable (concretamente de un metro cúbico de volumen por cada cinco metros cuadrados de superficie) que autorizaba al propietario construirse una vivienda legalmente en suelo rural no urbanizable⁵⁸.

Si esta previsión normativa siguiera vigente gran parte de las edificaciones «menores» levantadas en suelo no urbanizable (hoy susceptibles de integrar el delito urbanísticos) serían impunes por ser «obras autorizables» (este tema se desarrollará en los capítulos posteriores relativos a la tipicidad del delito).

Cabe apuntar que algún autor ha demostrado cierta añoranza al sistema anterior, alegando y a criticado la eliminación de la edificabilidad referida, crítica que, sea dicho de paso, estimamos inteligente y oportuna. En este contexto, por ejemplo, PARADA VÁZQUEZ, ha apuntado que la «supresión del aprovechamiento de

⁵⁸ En concreto, el artículo 69 de la Ley del Suelo de 1956 disponía que: «La propiedad de los terrenos de suelo rústico estará sujeta a las siguientes limitaciones urbanísticas: (...) Segunda.- La facultad de edificar se ejercerá en proporción de un metro cúbico, como máximo, por cada cinco metros cuadrados de superficie, salvo en los casos siguientes: (a) Construcciones destinadas a explotaciones agrícolas, silos o viviendas obligatorias en fincas mejorables, que respondan a planes o normas del Ministerio de Agricultura; (b) Construcciones o instalaciones necesariamente vinculadas a determinados terrenos: las que desarrollaren un fin nacional, social, asistencial, educativo, sanitario o turístico, que exija emplazarlas en el medio rural, y la edificación singular de vivienda unifamiliar en lugares alejados de los centros urbanos, en los que no exista peligro de formación de un núcleo de población, en todos los cuales podrán permitirse mayores volúmenes de edificación según el procedimiento previsto en el párrafo 3 del artículo 46. (...)» Como se observa, esta edificabilidad en suelo rústico de un metro cúbico de volumen por cada cinco metros cuadrados de superficie incluso podía ser mayor si estaban incluidas en las excepciones de la propia norma.

0,2 metros cúbicos del anterior suelo rústico, ahora llamado no urbanizable, aunque había algunas razones para ello, pues a través de este reconocimiento se desarrollaron urbanizaciones ilegales, supuso el triunfo definitivo -por decirlo gráficamente de alguna manera- de una concepción castellana y andaluza del urbanismo, es decir, la propia de asentamientos en grandes ciudades y pueblos rodeados de espacios deshabitados, donde la propiedad del suelo responde a una estructura latifundista, en manos de muy pocos titulares, pero que no se corresponde y ha sido, cuando menos, inoportuna en aquellas otras zonas del país, como Galicia, todo el norte de España y Levante, entre otras, donde el minifundismo ha permitido el acceso a la propiedad privada del suelo de las clases populares. Desde una perspectiva de oportunidad (...) aparece como una medida sin justificación económica ni urbanística, porque supone la supresión gratuita de un aprovechamiento inmobiliario sobre la mayor parte del territorio nacional, aprovechamiento que si se configura moderadamente -a través de estándares legales sobre volumetría, superficies mínimas de parcelas, índices de ocupación, equipamientos singulares, vivienda unifamiliar, número de plantas, alturas, aspecto de las construcciones, etc.- permite un disfrute del suelo con respecto a los valores del entorno y al servicio de la necesaria espontaneidad urbanística, que compense el arbitrio dirigismo administrativo, que parece que se encamina en la dirección de encerrar a toda la población en los guetos urbanos de las ciudades, con prohibición de habitar en el campo⁵⁹».

Finalmente, por medio del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, a la luz de la Disposición Final Segunda de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de dos de mayo de 1975 se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976 mediante la cual se derogó

⁵⁹ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Urbanístico General*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p 52.

definitivamente la Ley del Suelo de 1956 y, que por los motivos que se dirán en los sucesivos apartados, todavía sigue vigente en la actualidad.

(F) La Constitución Española de 1978

La promulgación de una nueva Constitución es un acontecimiento cuya trascendencia importa y afecta a todo el ordenamiento jurídico de un Estado. En nuestro caso, el Derecho urbanístico no fue una excepción ya que en nuestra Carta Magna encontraremos una serie de preceptos constitucionales que a partir de su entrada en vigor pasarán a formar parte del Derecho urbanístico vigente, ya sea en forma de auténticos derechos subjetivos de los ciudadanos, ya sea como principios que ayudarán a interpretar los preceptos normativos relacionados con el Derecho del suelo.

(i) Derechos constitucionales en materia de urbanismo y ordenación territorial

Por ejemplo, el primer apartado del artículo 33 de la Constitución española reconoce el derecho a la propiedad privada, «reconocimiento que parece cerrar rotundamente el paso a las políticas urbanísticas basadas en la nacionalización del suelo o en la propiedad pública de éste⁶⁰» como único método posible de desarrollo urbanístico.

⁶⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Manual de Derecho Urbanístico*, 24 edición, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, 2016, p 27. Cabe advertir, en relación al texto precitado, que este autor utiliza el concepto «nacionalización» del suelo de una forma particular distinta a la visión común de nacionalización de lo privado. En este contexto, en la obra referenciada se entiende que nacionalizar el suelo es asegurar que la sociedad disfrute de las plusvalías urbanísticas a partir del aumento del valor del suelo producido no tanto por las obras de urbanización sino, sobre todo, por la decisión política de reclasificar o recalificar unos determinados terrenos.

A mayor abundamiento, el tercer apartado del artículo 33 de la Constitución española dispone que «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», determinación que cierra definitivamente el debate acerca de la confiscación como método sancionador posible al responsable de la dilación voluntaria de las urbanizaciones proyectadas en los planes y cuyo propósito sea la especulación del suelo. En relación a este punto, más arriba se ha explicado que con anterioridad a la Ley del Suelo de 1956 el sistema permitía la confiscación del suelo en los casos señalados.

De todos modos, el mismo artículo 33, en su apartado segundo, dispone que la función social del derecho de propiedad delimitaría su contenido de acuerdo con las leyes, con lo cual, se consolidaba la idea de propiedad singular vinculada al interés colectivo de la comunidad y, con ello, se permitía al legislador limitar las facultades dominicales del titular del suelo en base a su función social.

Asimismo, y en cuanto a la misión protectora del medio ambiente y el suelo como elemento natural limitado, el primer apartado del artículo 45 de la Constitución señala, además de que todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, que «los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». Este postulado se completa por lo dispuesto en el tercer apartado del artículo 45, en el cual se señala que «para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

Gran parte de la Doctrina científica ha venido vinculando la justificación de la utilización del Derecho penal para castigar los ataques a la ordenación territorial

con lo dispuesto en el precepto constitucional citado en el párrafo anterior. El suelo es, obviamente, un recurso natural, y, como tal, queda incluido en el marco de protección reforzado que el constituyente ha otorgado mediante el precitado precepto constitucional.

Lo señalado en el párrafo precedente se completa mediante el artículo 46 de la Constitución española, el cual dispone que «los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad», más, que «la ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio». Como se verá cuando estudiemos la tipicidad del delito urbanístico, el tipo agravado del mismo puede sancionar las construcciones levantadas en suelo protegido por sus valores artísticos, históricos y culturales (además de otras cuestiones). Este punto será desarrollado con más atención en capítulos posteriores de esta obra, en concreto, cuando se trate el bien jurídico protegido del delito urbanístico y, ahora, solamente se deja señalado con propósitos sistemáticos.

Finalmente, y en relación a la especulación urbanística, ésta ha sido explícitamente proscrita por el actual texto constitucional. En concreto, el artículo 47 de la Constitución española dispone que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

(ii) Nuevo marco competencial en materia de urbanismo y ordenación del territorio

La Constitución española de 1978 tuvo una importancia capital en la actual distribución competencia urbanística. El anterior modelo de reparto competencial entró en crisis a partir del nacimiento de la idea del Estado de las autonomías, ideado sobre la base del reconocimiento de la autonomía de las diferentes nacionalidades y regiones del Estado, que empezó a diseñarse con la reforma política del año 1977 y que finalmente quedaría incorporada y constituida en la Constitución de 1978 más, el desarrollo de los Estatutos de Autonomía que irían aprobando las diferentes comunidades autónomas culminando esta primera etapa en el año 1983, momento en que constaban aprobados los diecisiete estatutos de autonomía.

La aprobación de la Constitución española, más los Estatutos de Autonomía autonómicos se revela como fundamental para entender el actual reparto competencial en materia de urbanismo y ordenación del territorio. En este contexto, el artículo 148 de la Constitución española dispone que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materias de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

A la luz del anterior precepto constitucional, todas y cada una de las Comunidades Autónomas asumieron como propias en sus respectivos Estatutos de Autonomía la competencia exclusiva relativas a la legislación, gestión y ejecución del urbanismo, la ordenación territorial y, las políticas de vivienda.

A partir de aquel momento, y a tenor de lo dispuesto en el texto constitucional, las regulaciones estatales, en las materias de referencia, pasaban a formar parte del Derecho supletorio de las Comunidades Autónomas⁶¹. Lo anterior

⁶¹ El artículo 149.3 de la Constitución española dispone que «las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de

no significó, empero, una obsesión legislativa autonómica que vinieran a regular de forma propia y diferenciada la cuestión urbanística en su territorio. Más bien al contrario. Se aprobaron algunas leyes urbanísticas autonómicas, pero estas fueron considerablemente respetuosas con las instituciones y formas establecidas para todo el territorio en el Texto Refundido de la del Suelo de 1976.

La pacífica situación existente entre la vigencia del Texto Refundido de 1976 y las normas urbanísticas de las diferentes autonomías entró en crisis cuando el legislador estatal decidió modificar sustancialmente el marco jurídico relativo a la ordenación del territorio, tal y como se estudiará en los puntos siguientes.

(G) El Texto refundido de la Ley del Suelo de 1992

Por medio de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo se acometió una reforma del Texto Refundido de 1976, cuya Exposición de Motivos apuntaba que «el fuerte incremento del precio del suelo, que excede de cualquier límite razonable en muchos lugares, y su repercusión en los precios finales de las viviendas y, en general, en los costes de implantación de actividades económicas, es hoy motivo de seria preocupación para los poderes públicos, que deben promover las condiciones necesarias para conseguir una utilización del suelo de acuerdo con el interés general e impedir la especulación».

Esta Ley apostó por algunas modificaciones del sistema urbanístico español como fueron el aumento el aprovechamiento urbanístico del municipio hasta un porcentaje del 15% del total resultante del sector (antes de la reforma recordemos

conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas».

que el porcentaje máximo en favor del Ayuntamiento era de un 10%) y, la notable reducción del precio de los justiprecios expropiatorios, aplicándose a partir de su entrada en vigor solamente valores iniciales o rústicos (sin contemplar valores expectantes como en el pasado) a los suelos susceptibles de expropiación que se encontraran en situación de suelo no urbanizable, suelo urbanizable no programado e, incluso, los suelos urbanizables si todavía se encontrase pendiente de aprobar el desarrollo de su planeamiento.

Posteriormente, esta Ley fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que vino a consolidar (al menos, por un tiempo) las modificaciones de la Ley de 1990.

Asimismo, mediante la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo (primera Ley del Partido Popular en materia de Suelo) se modificó nuevamente la normativa del suelo que tuvo su justificación, según se explicó en la Exposición de Motivos de esta Ley, «la situación del mercado de suelo y la vivienda se hace necesaria la aprobación de unas primeras medidas que ayudarán a incrementar la oferta de suelo con la finalidad de abaratar el suelo disponible».

Las principales modificaciones motivadas por esta reforma serán por un lado eliminar la distinción entre suelo urbanizable programado y suelo urbanizable no programado y, la restitución del derecho del propietario al 90% del aprovechamiento urbanístico (con el correlativo empobrecimiento del ayuntamiento en un 5%). Con esta Ley también se procuró simplificar los procedimientos urbanísticos y a acortar los plazos de tramitación, gestión y urbanización existentes.

(H) La Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997

Uno de los momentos más importantes del moderno Derecho urbanístico español se sitúa precisamente en los años de gestación y aprobación de la Ley de 1990, la cual, debemos señalar, no contaba con el beneplácito de las Comunidades Autónomas ya que éstas consideraron que el Estado no había respetado la distribución competencial en la materia.

En este sentido, como se ha apuntado más arriba, en fecha 25 de julio de 1990 el parlamento nacional aprobó, sin el concurso de voluntades autonómicas y con importantes críticas de los operadores del urbanismo (públicos y privados) y de la doctrina especializada (tanto por cuestiones de fondo como de forma de la norma) la nueva Ley del Suelo española.

(i) Motivos de la declaración de inconstitucionalidad

Muy en síntesis puede decirse que una parte importante de las Comunidades Autónomas entendieron que esta Ley vulneraba el sistema competencial constitucional en materia de ordenación del territorio y urbanismo. El malestar de las autonomías se incrementó con la aprobación Texto Refundido de 26 de junio de 1992, el cual también fue objeto de impugnación constitucional, dando lugar finalmente, después de años de tensiones, a la STC 61/1997.

Como señala FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ «la Ley de reforma de 1990 fue (...) mal recibida por todos y provocó la reacción de las Comunidades Autónomas, una parte de las cuales la impugnó ante el Tribunal Constitucional, impugnación a la que luego se acumuló la del Texto Refundido (...) dando así lugar finalmente a la espectacular Sentencia constitucional de 20 de marzo de 1997 que hizo saltar por los aires, roto

en mil pedazos, el ordenamiento urbanístico al anular, por razones estrictamente competenciales, más de doscientos artículos del citado Texto Refundido⁶²».

Dos puntos son en los que se apoya la doctrina del Tribunal Constitucional para proceder a fallar la nulidad parcial (casi total -se salvaron únicamente un 20% de los preceptos de la norma-) de la norma conflictiva.

De un lado, el Tribunal Constitucional entendió que el Estado no tenía potestad para dictar normas supletorias en aquellas materias que (como el Derecho urbanístico) hubieran sido asumidas como exclusivas por las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos de Autonomía⁶³.

El segundo gran motivo que esgrime el Tribunal Constitucional pasa por señalar que el Estado ha vulnerado la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo, ya que, en palabras del propio Tribunal: «el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades (en cuanto atribuidas a/o controladas por Entes públicos), tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación». Estas facultades, según entiende el Tribunal Constitucional, son competencias atribuidas por la Constitución

⁶² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Manual de Derecho Urbanístico*, 24 edición, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, 2016, pp 37 y 38.

⁶³ Al Tribunal Constitucional se le olvidó que las ciudades autonómicas de Ceuta y Melilla no habían asumido como propias las competencias las materias en Derecho Urbanístico y Ordenación del territorio, algo que no le afectó a la hora de articular su argumentación

y los Estatutos de Autonomía en favor de las Comunidades Autónomas y, con ello, el Estado debe abstenerse de intervenir (ni siquiera regulando de forma supletoria) sobre las mismas, dejando residualmente para el Estado únicamente la competencia para fijar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de derechos y deberes de los propietarios del suelo.

(ii) Principales críticas a la Sentencia del TC 61/1997

Además de poner «patas arribas» la situación normativa existente, ha sido duramente y mayoritariamente criticada por parte de la doctrina especializada.

En este contexto, claramente en contra de la actual competencia urbanística autonómica y de la decisión del Tribunal Constitucional «siempre proclive a adelgazar los atributos del Estado y a defender los coros y danzas jurídico-regionales» se ha mostrado PARADA VÁZQUEZ el cual, además, respecto a la Sentencia referida comenta lo siguiente:

«La sentencia del Tribunal Constitucional ha sido calificada con todo acierto por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ como antítesis de la prudentia iuris, que es consustancial a la función jurisdiccional.

En nuestra opinión es algo más grave: es una muestra de ignorancia sobre los orígenes y desarrollo histórico del Derecho urbanístico y su esencia última, que no es otra que la regulación de los aspectos más sustanciales de la propiedad inmobiliaria, el derecho o no de urbanizar, la potestad de expropiar y la valoración de las propiedades para la realización de las obras públicas, materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva conforme al artículo 149 de la Constitución. Que esas dos instituciones, propiedad y expropiación, hayan sido objeto de una regulación más compleja y pormenorizada que la de hace un siglo a través del llamado Derecho urbanístico, como hemos expuesto en el anterior y este capítulo, no las extrae de su patria original, que es el contenido del derecho de la propiedad

y la institución expropiatoria. Pasar a la competencia autonómica la regulación de todas esas técnicas que definen el desarrollo y la acción de esas instituciones y que son esenciales en su vida (sistemas de ejecución, áreas, unidades de ejecución, reparcelación, reglas pormenorizadas de fijación del justiprecio, disciplina, etc.) es como entender que en el cuerpo humano los brazos y los pies tienen vida independiente de la cabeza y el corazón y que hay que darles prioridad para definir el ser humano. Si esto se admite, la competencia autonómica no debería ir mucho más lejos que la regulación de los instrumentos de planeamiento. En esta línea va el voto particular formulado a la sentencia por el Magistrado JIMÉNEZ DE PARGA.

No menos irracional e insensato es afirmar que no afecta a las condiciones básicas e igualitarias de la propiedad, y que por ello requiere unidad la regulación. La disciplina urbanística, pues, ¿acaso no es un sinsentido que una ley de una Comunidad Autónoma establezca un catálogo de infracciones y sanciones urbanísticas completamente distinto del de otra Comunidad fronteriza con ella?

En definitiva, la sentencia que comentamos, desactivando de propósito de gran título competencial del Estado en la regulación de la propiedad y garantía de igualdad de los españoles, y potenciando por el contrario hasta límites irracionales el de competencia urbanística de las Comunidades Autónomas, ha producido un simple y brutal desapoderamiento del Estado de las competencias del mismo sobre la regulación de la propiedad inmobiliaria y sobre la ordenación territorial, sustituyendo una regulación unitaria de la propiedad inmobiliaria por diecisiete variopintas normativas, algo insólito en los países europeos que tienen un código urbanístico común⁶⁴».

(iii) Consecuencia derivadas de la inconstitucional de la norma

⁶⁴ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Urbanístico General*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp 62 y 63.

Esta resolución, como hemos visto enormemente criticada por la doctrina especializada, tiene una importancia en el orden urbanístico español en general, y en la actual atribución competencial en particular, que queda fuera de toda discusión posible.

En este sentido, por citar un ejemplo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ asegura que mediante esta sentencia el Tribunal Constitucional interpreta que «el legislador estatal carece (...) de toda competencia en materia de ordenación del territorio y urbanismo, por lo que ni siquiera puede promulgar normas con carácter supletorio en estas materias. Solo le es dado en consecuencia, regular las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad (artículo 149.1.ª de la Constitución), las garantías generales de la expropiación forzosa y, por lo tanto, el régimen de valoraciones del suelo (artículo 149.1.18ª), los aspectos registrales en cuanto parte de la legislación civil (artículo 149.1.8ª) y algunas otras cuestiones puntuales⁶⁵».

Asimismo, no debe olvidarse que la Sentencia constitucional anuló dos terceras partes del Texto Refundido de 1992 y, por tanto, «vino a crear de la noche a la mañana un vacío normativo absoluto en la mayoría de las Comunidades Autónomas, que o bien no habían ejercido sus poderes legislativos en materia urbanística o se habían limitado a regular aspectos puntuales y concretos y venían aplicando, por lo tanto, el Texto Refundido estatal de 1992⁶⁶». Este escenario provocó en las Comunidades Autónomas problemas de diferente alcance,

⁶⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Manual de Derecho Urbanístico*, 24 edición, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, 2016, p 38.

⁶⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Manual de Derecho Urbanístico*, 24 edición, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, 2016, p 40.

dependiendo, básicamente, de si éstas disponían de normativa urbanística propia aprobada con anterioridad a la declaración de nulidad.

Si las Comunidades Autónomas tenían norma urbanística propia la declaración de nulidad no les provocó un vacío normativo que necesitaran suplir y, por ende, no padecieron especiales problemas transitorios.

A diferencia de lo anterior, aquellas Comunidades Autónomas que todavía no tuvieran un Derecho urbanístico propio, o éste solamente regulase cuestiones puntuales, y, por ello, necesitaban del concurso de la Ley del Suelo estatal, la declaración de nulidad de del Texto Refundido de 1992 comportó que para ellas se resucitara el Texto Refundido de la Ley del suelo 1976. Lo contrario habría comportado un vacío normativo de Derecho urbanístico autonómico.

El escenario era esperpéntico: retomaba vigencia como norma supletoria estatal el Texto Refundido de 1976, con excepción de aquellos artículos de la Ley del Texto Refundido de 1992 que el Tribunal constitucional declaraba constitucionales y, por tanto, mantenía vigentes, más, se compartía el marco normativo estatal con las normas de Derecho urbanístico autonómicas que, en el marco de sus competencias, fueran aprobadas. En este sentido, la mayoría de Comunidades Autónomas que todavía no disponían de Derecho urbanístico propio, para no verse obligadas a utilizar la norma de 1976, aprobaron urgentemente leyes que, en la mayoría de los casos, prácticamente venían a copiar el Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal de 1992, norma que pasaba a ser ahora derecho propio de la Comunidad Autónoma⁶⁷.

⁶⁷ «Así lo hicieron, en efecto, la Ley cántabra de 25 de abril de 1997, la vasca de la misma fecha, la andaluza de 18 de junio, la castellano-manchega de 10 de julio, la madrileña de 15 de julio, la castellano-leonesa de 13 de octubre y la extremeña de 23 de diciembre, todas ellas del

En relación a lo anterior, y tal y como se verán listadas individualmente todas ellas en el capítulo donde estudie la clasificación del suelo, actualmente todas las Comunidades Autónomas disponen de normativa propia en materia de Derecho urbanístico.

(I) La Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones

Por medio de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones el legislador estatal se resignó (como no podía ser de otro modo) al fallo de la STC 61/1997 comentada más arriba. En este sentido, en la Exposición de Motivos de esta Ley se puede leer que «El legislador estatal, que carece constitucionalmente de competencias en materia de urbanismo y de ordenación del territorio en sentido propio».

Ahora bien, el legislador estatal utiliza esta Ley para reivindicar algunos de los derechos que están vinculados al Derecho urbanístico y que el Tribunal Constitucional aceptó como competencia estatal. En este sentido, en la Exposición de Motivos de la referida Ley puede leerse que el legislador estatal «puede aportar una solución parcial poniendo a contribución su indiscutible competencia para, como ha reconocido la citada sentencia del Tribunal Constitucional, regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo en todo el territorio nacional, así como regular otras materias que inciden en el urbanismo como son la expropiación forzosa, las valoraciones, la responsabilidad de las Administraciones públicas o el procedimiento administrativo común.»

mismo año 1997»: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Manual de Derecho Urbanístico*, 24 edición, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, 2016, p 40.

Pues bien, el objetivo de la Ley 6/1998, tal y como determina literalmente su artículo primero, fue «(...) definir el contenido básico del derecho de propiedad del suelo de acuerdo con su función social, regulando las condiciones que aseguren la igualdad esencial de su ejercicio en todo el territorio nacional».

Esta Ley mantuvo las tres clases tradicionales de suelo, a saber: suelo urbano, urbanizable y no urbanizable. Sobre esta distinta tipología de suelos se estipulan las facultades de los propietarios. Los propietarios de terrenos clasificados como suelo urbano pueden completar la urbanización y edificar sus solares. Los titulares de suelo urbanizable *delimitado*⁶⁸ disponen de la facultad de urbanizar los terrenos y convertirlos en urbanos, en concreto, el artículo 15 de la Ley 6/1998 dispone que los propietarios de suelo urbanizable «tendrán derecho a promover su transformación instando de la Administración la aprobación del correspondiente planeamiento de desarrollo, de conformidad con lo que establezca la legislación urbanística». Finalmente, los propietarios de suelo no urbanizable siguen sin tener derecho a urbanizar sus terrenos⁶⁹.

⁶⁸ La Ley 6/1998, si bien eliminó los conceptos suelo urbanizable programado y no programado, introdujo la dicotomía legal suelo urbanizable delimitado y no delimitado. En concreto, el suelo urbanizable delimitado era aquél dotado de posibilidad de desarrollo, en cambio, los propietarios del suelo urbanizable no delimitado padecían prácticamente las mismas limitaciones que los titulares del suelo no urbanizable.

⁶⁹ En relación a los derechos de los propietarios de terrenos sitos en suelo no urbanizable, el artículo 20 de la Ley 6/1998 dispuso que: «1. Los propietarios del suelo clasificado como no urbanizable tendrán derecho a usar, disfrutar y disponer de su propiedad de conformidad con la naturaleza de los terrenos, debiendo destinarla a fines agrícolas, forestales, ganaderos, cinegéticos u otros vinculados a la utilización racional de los recursos naturales, y dentro de los límites que, en su caso, establezcan las leyes o el planeamiento. Excepcionalmente, a través del procedimiento previsto en la legislación urbanística, podrán autorizarse actuaciones específicas de interés público, previa justificación de que no concurren las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 9 de la presente Ley. 2. En el suelo no urbanizable quedan prohibidas las parcelaciones urbanísticas,

En relación a todo lo anterior PARADA VÁZQUEZ señala que «Al mantenerse las clases de suelo y las diversas valoraciones de éste que incorporan los aprovechamientos y plusvalías derivadas de los planes, esta reforma sigue fiel modelo de la Ley del Suelo de 1956 que imposibilitaba el urbanismo de gestión pública, reservando el derecho de urbanizar a los propietarios. No obstante, ese privilegio sigue, como antes, compensado por la cesión gratuita del suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales, el deber de costear o, en su caso, ejecutar a su costa la urbanización y ceder un porcentaje del aprovechamiento urbanístico a la Administración actuante, que es, ordinariamente, la municipal. Este porcentaje, que desde la Ley de 1990 estaba en el 15 por 100 del aprovechamiento tipo, ahora se cifra en un máximo del 10 por 100 del aprovechamiento correspondiente al ámbito de actuación (...)»⁷⁰.

Asimismo, por medio del Real Decreto Ley 4/2000, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes se reformó parcialmente el texto de la Ley 6/1998 en un punto que creemos importante destacar. En concreto, la posible desaparición del suelo no urbanizable *común* del ordenamiento jurídico español.

El artículo 9.2 (suelo no urbanizable) de la primera versión de la Ley 6/1998 disponía lo siguiente «Tendrán la condición de suelo no urbanizable, a los efectos de esta Ley, los terrenos en que concurren alguna de las circunstancias siguientes (...) 2. Que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal,

sin que, en ningún caso, puedan efectuarse divisiones, segregaciones o fraccionamientos de cualquier tipo en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza».

⁷⁰ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Urbanístico General*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p 64.

ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquéllos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano».

Asimismo, el artículo 9.2, después de la reforma operada mediante el Real Decreto Ley 4/2000 quedó como sigue: «Tendrán la condición de suelo no urbanizable, a los efectos de esta Ley, los terrenos en que concurran alguna de las circunstancias siguientes (...) 2. Que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales».

Como se observa, después de la reforma legislativa la referencia a «aquellos otros suelos que el planeamiento considerase inadecuados para un desarrollo urbano» ya no era condición suficiente para poder clasificar unos terrenos como no urbanizables, exigiéndose para ello, como mínimo, que los suelos dispusieran de un reconocible valor agrícola, forestal, ganadero, riquezas naturales, o algún tipo de régimen de especial protección en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público.

La Doctrina especializada ha estimado que la modificación legislativa comentada tenía como objetivo luchar contra la especulación del suelo. El planteamiento era simple: si se limitaba la capacidad de la administración a la hora de clasificar suelo no urbanizable, supeditándola a que encontrará alguno de los motivos de protección territorial señalados en la Ley (no bastando que el planeamiento lo considere inadecuado para el desarrollo urbano) se clasificaran más m² de superficie como suelo urbanizable y, por ello, el mercado inmobiliario dispondría de más terrenos en los cuales plantear nuevas urbanizaciones. En una ecuación simple de economía teórica: a mayor oferta con igual demanda menor precio del producto resultante.

No obstante, a la luz de lo acontecido en los últimos años, no parece que el cambio legislativo haya parado la tendencia especulativa que ha padecido el mercado inmobiliario español hasta la llegada de la crisis económica⁷¹. Es más, mediante la nueva Ley del suelo del año 2008 (que será explicada en el siguiente punto) se volvió a introducir en el ordenamiento jurídico español la posibilidad de

⁷¹ Estudiar y desarrollar en estas páginas las posibles causas de la *burbuja inmobiliaria española* excede en mucho de la pretensión del presente capítulo. No obstante, si puedo apuntar sucintamente que a mi juicio, atribuir toda la responsabilidad a la nueva Ley de 1998 es algo excesivo. No deben desconocerse otras eventuales circunstancias causales, que versan todas en un aumento generalizado de la demanda de inmuebles en esos años, entre las cuales podríamos destacar las siguientes: (a) la competencia en el sector bancario y la reducción de los tipos de interés hipotecarios tras la integración en el euro (del 11 por 100 en 1995 al 3.5 por 100 en 2003-2005) facilitó el acceso al crédito para que las familias españolas invirtieran en inmuebles; (b) la llegada de nuevos trabajadores extranjeros al país, los cuales necesitaban a su vez una vivienda; (c) la idea generalizada defendida por supuestos expertos del sector acerca de que «los precios de las casas nunca bajarán», postulado que en definitiva motivó a muchas familias (de todas las clases sociales) a invertir sus ahorros en segundas o terceras residencias.; y, (d) la llegada de la moneda única europea *animó* a una cantidad ingente de defraudadores fiscales y todo tipo de delincuentes a invertir sus entonces *pesetas negras* en proyectos urbanísticos e inmobiliarios, sistema que se ha revelado en la práctica como uno de los más eficientes para proceder al blanqueo de capitales (*Vid* BLANCO CORDERO, I, *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª edición, Pamplona, editorial Aranzadi, 2002, p. 74, o también, FABIÁN CAPARRÓS, E, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, editorial Colex, 1998, p. 141). Es más, en muchos países de nuestro entorno han estallado durante los últimos años distintas burbujas inmobiliarias que no son consecuencia de reformas legislativas similares a la española. Asimismo, en puridad técnica, la Ley de 1998 no *liberalizó* directamente el suelo; debe recordarse que las competencias para ello estaban atribuidas en último término en favor de las Comunidades Autónomas y, en especial, a los Ayuntamientos, esto es: para la existencia de una efectiva liberalización de suelo los entes locales deberían modificar sus planeamientos urbanísticos municipales, algo que, en la mayoría de municipios, no ocurrió hasta pasados varios años de la entrada en vigor de la Ley de 1998.

clasificar suelo urbano en base a la voluntad de preservar los terrenos de la urbanización, sin otra consideración.

Ahora bien, la desaparición de la posibilidad de continua referencia motivó la «Consulta del Ministerio Fiscal 1/2003 sobre la nueva configuración típica que presenta el delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 CP a partir de las medidas de liberalización del sector inmobiliario adoptadas en el Real Decreto-ley 4/2000 ⁷² ». Atendiendo a que este tema tiene importancia especialmente respecto a cuestiones que versan sobre la clasificación del suelo y, además, me servirán como motivo para criticar parte de la actual tipicidad del delito urbanístico español, en este punto del trabajo me remito por completo a los apartados del presente estudio donde más adelante estas cuestiones serán tratadas y discutidas.

(J) El Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Suelo

El legislador español aprobó la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, la cual derogó la Ley 6/1998 comentada en el punto anterior, y, a su vez, modificó los preceptos del RDL 1/1992 que sobrevivieron a la declaración de nulidad realizada mediante la STC 61/1997.

Asimismo, la Disposición final segunda de esta Ley 8/2007 delegó en el Gobierno la función de dictar un Real Decreto Legislativo que refundiera el texto de ésta Ley y los preceptos que aún quedaban vigentes del Real Decreto Legislativo 1/1992 parcialmente anulado (prácticamente en su totalidad) mediante la STC

⁷²

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CO01-2003.pdf?idFile=50d5bf40-ac29-4969-8f60-598360b1f9d4 (enlace consultado el día 9 de agosto de 2016).

6/1997 resolución referida en páginas anteriores. En este contexto se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana 2/2008 el cual favoreció un cierto orden sistemático al Derecho Urbanístico español.

Según su Exposición de Motivos esta tarea refundidora planteó básicamente dos objetivos diferenciados, a saber: (i) regularizar y armonizar la terminología y el contenido dispositivo de ambos textos legales; y, (ii) estructurar y ordenar en una única disposición general una serie de preceptos dispersos y de diferente naturaleza, procedentes del fragmentado Texto Refundido de 1992, dentro de los nuevos contenidos de la Ley de Suelo de 2007, adaptados a las competencias urbanísticas, de ordenación del territorio y de vivienda de las Comunidades Autónomas.

(K) La actual Ley del Suelo estatal: 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

Finalmente, llegamos a la actual Ley del Suelo⁷³, Ley que recoge en su texto las dinámicas contemporáneas sobre usos y atribuciones de facultades sobre el patrimonio suelo y, a la luz de la distribución competencial en materia de ordenación del territorio, completa el Derecho urbanístico establecido en los distintos ordenamientos autonómicos.

⁷³ El artículo primero de la Ley del suelo estatal señala tener por objeto: (i) la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, relacionados con el suelo y, (ii) el aseguramiento de un desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano, mediante el impulso y el fomento de las actuaciones que conducen a la rehabilitación de los edificios y a la regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes, cuando sean necesarias para asegurar a los ciudadanos una adecuada calidad de vida y la efectividad de su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

CAPÍTULO SEGUNDO. EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA COMO CUESTIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL INDEPENDIENTE AL DELITO URBANÍSTICO⁷⁴

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO. II. EL PROBLEMA DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA. 1. ¿Qué es la corrupción urbanística? 2. Posibles causas de la corrupción urbanística en España. (A) El gran negocio del Urbanismo en España. (B). La dificultad técnica del ordenamiento jurídico urbanístico. (C). El descontrol del Derecho urbanístico. 3. Armas que dispone el Código Penal para luchar contra la corrupción urbanística. (A). Cuestión previa: el concepto de funcionario en los delitos de corrupción urbanística. (B). La prevaricación urbanística tipificada en el artículo 320 del Código Penal. (C). Delitos contra la Administración Pública vinculados con el fenómeno de la corrupción urbanística: (i) Introducción al delito de cohecho: el soborno del funcionario o autoridad. (ii) El delito de cohecho pasivo propio. (iii) El delito de cohecho pasivo impropio. (iv) El delito de cohecho pasivo subsiguiente o de recompensa. (v) El delito de cohecho pasivo impropio de facilitación. (vi) El delito de cohecho activo. (vii) La prevaricación administrativa. (viii) El delito de tráfico de influencias. (ix) El delito consistente en la utilización indebida de información privilegiada. 4. Excurso: ¿son suficientes los instrumentos penales actuales para luchar contra la corrupción urbanística?

⁷⁴ Este Capítulo incorpora, con algunas modificaciones, las cuestiones desarrolladas en el artículo «El Derecho penal como medio de prevención y sanción de la corrupción urbanística» que publiqué en la obra colectiva dirigida por CASTRO MORENO, A., OTERO GONZÁLEZ, P., *Corrupción y Delito: Aspectos de Derecho Penal español y desde la perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2017.

I. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO

Atendiendo que al final de esta obra propondré una derogación parcial del tipo urbanístico, a la luz del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y, sobretudo, en base al principio de intervención mínima y proporcionalidad, me veo obligado a señalar las siguientes cuestiones:

Primero: soy plenamente consciente del grave problema que constituye la corrupción urbanística y, por ello, afirmo que no deben facilitarse espacios de impunidad a ese fenómeno criminal, el cual, constituye una auténtica lacra social.

Y, segundo: al cuestionar la política criminal urbanística del Estado lo hago considerando que la modificación del artículo 319 CP que propondré queda fuera del marco de actuación del Derecho penal como arma de tutela y sanción ante el problema de la corrupción urbanística. Las siguientes páginas intentarán demostrar tal aseveración.

Así, opino que el delito urbanístico previsto en el artículo 319 del Código Penal y el fenómeno de la corrupción urbanística deben estudiarse en dos planos de estudios independientes. En concreto, considero, a diferencia de lo defendido por algunos autores⁷⁵, que el delito urbanístico tipificado en el artículo 319 del Código Penal no castiga (al menos no sin otros tipos coadyuvantes en concurso, como la prevaricación urbanística o el cohecho) la corrupción urbanística. El delito urbanístico persigue las obras ilegales especialmente intolerables, y con él se

⁷⁵ Aparentemente, por ejemplo, SOUTO GARÍA, E.M, «Los Delitos Urbanísticos en España: La protección dispensada por el artículo 319 del Código Penal Español a la Ordenación del Territorio» en *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, volumen 32, Universidad Externado de Colombia, 2011; autora que habla del «artículo 319 del Código Penal como medio de represión de la Corrupción urbanística».

castiga al sujeto que decide levantar una edificación o ejecutar una construcción ilegal, pero, este delito no necesita (no al menos *sine qua non*) corromper o abusar de un poder público, presupuesto (como se verá) necesario de la corrupción urbanística.

Por ello, atendiendo a que este trabajo tiene por objeto estudiar el delito urbanístico español a la luz de los principios informadores del Derecho penal, intentaré explicar los motivos que justifican la separación conceptual de la corrupción urbanística y el delito urbanístico y obligan a realizar esta delimitación negativa del objeto de estudio.

II. EL PROBLEMA DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA

Según los resultados de las encuestas realizadas por el Centro de Estudios Sociológicos (CIS), los españoles han consolidado al fenómeno de la corrupción como el segundo problema más preocupante del país, solamente superado por el paro⁷⁶. A mayor abundamiento, el mismo estudio revela que los ciudadanos encuestados consideran que la situación política en España es *mala* (36,5%) o *muy mala* (43,6%), opinión vinculada, sin duda, a la percepción de una cantidad insoportable de casos de corrupción existentes en la actualidad. En este sentido, la corrupción urbanística es un problema vinculado inescindiblemente a la clase política, y, en especial, a la clase política de ámbito municipal ya que ésta dispone de un mayor margen de actuación y competencias en el procedimiento urbanizador.

⁷⁶ Barómetro del CIS de Junio de 2016, consultado en fecha 12 de agosto de 2016: http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3140_3159/3142/Es3142mar.pdf

No es que antes no hubiera corrupción; sí la había, no obstante, eran más infrecuentes los desfiles judiciales de responsables políticos o personajes conocidos acusados de corrupción. En este sentido, gracias a diferentes factores concurrentes, como, entre otros, la creación de las fiscalías provinciales especializadas en delitos contra el medio ambiente y el urbanismo, una mayor sensibilidad de la gravedad del problema en la ciudadanía, la creación, en algunas Comunidades Autónomas, de Inspectores urbanísticos, o, la crisis económica⁷⁷, en los últimos años numerosos casos de corrupción han sido protagonistas de portadas de periódicos, minutos de radio y espacios televisivos.

En este sentido, en la prensa nacional y solamente durante los últimos tres meses, se han publicado más de cincuenta noticias relacionadas con la corrupción, de entre las cuales, una parte muy significativa están vinculadas al tipo de corrupción que trataremos en este estudio, a saber: la corrupción urbanística⁷⁸.

⁷⁷ En según qué ocasiones, el empresario asume que la *tarifa* exigida por el funcionario corrupto es un coste más de la actividad empresarial: si el sumatorio final es positivo, no se tiende a la denuncia. No obstante, en época de crisis económica las exigencias del corrupto pueden revelarse como un coste inasumible y, por ello, pueden aparecer más denuncias de casos de corrupción.

⁷⁸ Por ejemplo, podemos destacar noticias vinculadas a los siguientes expedientes: (i) la *Trama Púnica*, en la cual, altos cargos del Partido Popular de Madrid están investigados por delitos relacionados con la corrupción urbanística y en la que, presuntamente, y según informaciones periodísticas, el ex Secretario General del PP de la Comunidad de Madrid, Francisco Granados, habría propuesto a constructores la compra de suelo rústico que él después se encargaría de recalificar; (ii) el *Caso Mercurio*, en el cual, el exalcalde de Sabadell y gran parte de los antiguos miembros del gobierno municipal están investigados, entre otros, por delitos relacionados con la corrupción urbanística; (iii) el *Caso Gürtel*, macrocausa judicial en la cual, entre otras, destaca el presunto *pelotazo* urbanístico por la venta y posterior modificación del aprovechamiento urbanístico de una parcela de 158.000 m² en el municipio de Arganda del Rey; (iv) el *Caso Garañon*, donde el exalcalde de Lugo y el ex Secretario General del Partido Socialista de Galicia tendrán que declarar por

La corrupción en general y la corrupción urbanística en particular no son una cuestión baladí. La percepción de los ciudadanos en relación al problema de la corrupción urbanística es una visión acertada de la cuestión. Por ejemplo, en el Informe «Urbanismo y Democracia: alternativas para evitar la corrupción», elaborado por la Fundación Alternativas en el año 2007, se concluye que la corrupción no es un problema puntual y aislado, sino «un fenómeno extendido y grave que es necesario afrontar con decisión⁷⁹».

Asimismo, los efectos de la corrupción son muy graves. La aparición recurrente de casos de corrupción en los medios de comunicación propicia el descrédito de la clase política española que acaba percibiéndose por parte de la

presuntos delitos de corrupción urbanística cuyo origen es la presunta concesión de licencias urbanísticas irregulares en la construcción de una urbanización ilegal; (v) el *Caso Malaya*, caso que nos sigue dando noticias, como por ejemplo la resolución judicial mediante la cual se acuerda la acumulación de penas del exalcalde Julián Muñoz a un tope de 20 años de prisión o, la nueva condena dictada contra Juan Antonio Roca -presunto cerebro de la trama corrupta marbellí- por malversar caudales públicos en una operación de expropiación urbanística; (vi) el *Caso Serallo*, en el cual se investiga la reclasificación urbanística de un espacio público del municipio de Granada donde finalmente se construyó una discoteca -caso que ha motivado (vii) la *Operación Nazarí*, investigación de una presunta corrupción urbanística sistémica en el Ayuntamiento de Granada durante los últimos años-; y, entre muchos otros, (viii) el *Caso Palau*, en cuya pieza separada el Tribunal Supremo revocó la condena de un año de prisión impuesta por la Audiencia Provincial de Barcelona a Felix Millet y Jordi Montull por delitos de tráfico de influencias en relación al intento de promover la construcción de un hotel de lujo junto al Palau de la Música-.

⁷⁹ Informe de la Fundación Alternativas, de fecha 27 de junio de 2007, dirigido por Felipe Iglesias: http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/publicaciones_archivos/xmlimport-fL5JRu.pdf p. 6 (enlace consultado en fecha 20 de agosto de 2016). En relación a este riguroso trabajo de investigación, cuyas conclusiones compartimos y expondremos en este estudio, la Fundación presentó dos volúmenes, el primero es el utilizado en la cita correspondiente a este punto -a saber: «Alternativas para evitar la corrupción»- y, un segundo volumen, titulado «Mapa de presuntas irregularidades y actos de corrupción urbanística 2000-2007».

ciudadanía como una clase privilegiada que usa y abusa de su cargo para enriquecerse sin importarles el interés general de los españoles; este descrédito en los últimos años es monumental, tal y como se desprende del Barómetro del CIS citado anteriormente. Sin desmerecer el anterior problema, más en la época de incertidumbre económica y política actual, considero que las consecuencias más importantes del fenómeno estudiado son las tres siguientes: (i) con la corrupción urbanística se lesionan materialmente los intereses económicos públicos: por ejemplo, cuando se permiten o toleran urbanizaciones ilegales y éstas se consolidan la colectividad no recibe el porcentaje de aprovechamientos urbanísticos ni las cesiones de terrenos que prescribe la Ley; (ii) con la corrupción urbanística se lesiona el derecho constitucional a disfrutar de un adecuado medio ambiente para el desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 45 de nuestra Constitución: piénsese que a cambio de dinero, y con el fin de levantar hoteles, fábricas o cualquier actividad económicamente rentable para el corruptor, se reclasifican como urbanizables terrenos cuyas condiciones naturales debería someterlos siempre a regímenes de especial protección; y, (iii) con la corrupción urbanística se lesiona el derecho constitucional al acceso a una vivienda: si un constructor tiene que pagar un soborno para levantar edificaciones acabará imputando ese coste en el precio final de la vivienda y por ende, los precios de las edificaciones aumentarán y dificultarán todavía más el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada reconocido en el artículo 47 de nuestra Carta Magna⁸⁰.

A mayor abundamiento los corruptos permiten reformas urbanas sin atender a propósitos inteligentes que puedan redundar en la mejora de la calidad de vida de los vecinos, solo importan las necesidades del corruptor que quiere ver aumentadas a toda costa sus plusvalías privadas. Es evidente, por tanto, que la

⁸⁰ Véase SANZ MULAS, N, *Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, Ayuntamientos y comisiones ilegales)*, La Ley Penal, N°45, 2008, p.3.

corrupción política en general y la urbanística en particular constituyen un grave problema del que nos debemos preocupar y frente a la cual deben organizarse sistemas penales de prevención y reacción.

En este contexto, el delito del artículo 319 del Código penal es delito el conocido comúnmente como el «delito urbanístico». Ahora bien, esta terminología no significa que éste sea el delito más relevante contra la «corrupción urbanística». De hecho, considero que paradójicamente el delito urbanístico tipificado en el artículo 319 del Código Penal constituye una fracción muy minoritaria y residual de la lucha penal contra la corrupción. En términos similares se expresa GARCÍA ARÁN cuando señala que «el art. 319 Código Penal es absolutamente insuficiente (incluso con el complemento del art. 320 Código Penal) para abordar el problema general de la corrupción urbanística y ni siquiera se corresponde necesariamente con ella⁸¹». También RUBIO LARA apunta que «una cosa es hablar de corrupción pública o de corrupción privada y otra, muy diferente, aun cuando vaya asociada en múltiples casos, de los delitos urbanísticos⁸²».

Por tanto, y como ya he avanzado en páginas anteriores, no creo que el supuesto de hecho previsto en el artículo 319, individualmente considerado a salvo de posibles relaciones concursales que serán ampliadas en páginas posteriores- tenga relación con el abuso de un poder público, elemento imprescindible para poder hablar de corrupción. A mayor abundamiento, y tal y como señala GARCÍA

⁸¹ GARCÍA ARÁN, M, «Limitaciones del Derecho Penal en la prevención del delito urbanístico», en GARCÍA ARÁN, M (directora) *La delincuencia económica: prevenir y sancionar*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 86.

⁸² ÁNGEL RUBIO LARA, P, «Corrupción urbanística y corrupción pública en el Derecho penal: un estudio de la situación tras la reforma de 2010» en *La Corrupción a Examen*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 18.

ARÁN, «es difícil que el delito urbanístico *stricto sensu* del art. 319 CP, esto es, la urbanización, construcción o edificación ilegal, se aplique en casos en que interviene la complicidad o la tolerancia de las autoridades -lo que ya se acerca al concepto de corrupción-, porque generalmente dichas autoridades tienen amplias posibilidades de decidir sobre la legalidad o ilegalidad de las obras, lo que las coloca en posición de vaciar el contenido de la norma penal en supuestos que les afectan⁸³».

Por ello, y al objeto de separar claramente el delito urbanístico (cuestión particular) de la corrupción urbanística (cuestión general), en los siguientes puntos ofreceré algunas notas básicas del problema de la corrupción urbanística y señalaré cuales son los principales delitos que constituyen armas de lucha penal contra este problema, entre los cuales, insistimos, no se precisa el tipo del artículo 319 del Código Penal.

Por motivos sistemáticos este apartado se ordena en tres bloques de estudio claramente diferenciados. En el primero de ellos trataré de ofrecer un concepto formal y material del fenómeno de la corrupción urbanística, el cual, como se verá, está vinculado al marco normativo que establece el Derecho urbanístico administrativo.

En el segundo bloque procuraré señalar y reflexionar sobre algunas de las causas que pueden incidir en la aparición de casos de corrupción en nuestro país. Finalmente, en el tercer bloque intentaré ofrecer un estudio sucinto de los principales delitos que dan respuesta al problema de la corrupción urbanística y con ello, afrontaré los dos objetivos principales de este punto de estudio: por un

⁸³ GARCÍA ARÁN, M, «Limitaciones del Derecho Penal en la prevención del delito urbanístico», en GARCÍA ARÁN, M (directora) *La delincuencia económica: prevenir y sancionar*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 87.

lado diferenciar el fenómeno de la corrupción con el delito urbanístico individualmente considerado, y, por otro, valorar y reflexionar sobre si el actual Código Penal constituye un medio suficiente para luchar contra el fenómeno de la corrupción urbanística española, o, por el contrario, debe incrementarse la intervención punitiva del Estado en este ámbito de actuación.

Aprovecho para advertir al lector de que en las siguientes páginas no encontrará un estudio técnico clásico y completo de la tipicidad de todos los delitos vinculados con la corrupción urbanística. Por motivos de espacio me centraré únicamente en aquéllos delitos más paradigmáticos del fenómeno, expondré sucintamente sus principales características y los relacionaré con ejemplos reales de corrupción que ayuden a entender el problema analizado.

Todo ello me servirá más adelante para defender que parte del actual artículo 319 del Código Penal puede derogarse sin que ello genere espacios de impunidad sobrevenidos.

Con mi propuesta, que desarrollaré más adelante, toda lesión del suelo seguirá estando contemplada en nuestro ordenamiento jurídico como infracción: la lesión del suelo vinculada a actos de corrupción urbanística estaría íntegramente tipificada en el Código Penal (i.e: delitos de prevaricación urbanística y cohecho como paradigmas de reacción); y, las lesiones del suelo a través de construcciones ilegales sin la intermediación de un poder público coadyuvante también estarías castigadas: parte de estas actuaciones en el Código Penal subsumibles en el delito urbanístico (por ejemplo: las edificaciones no autorizables levantadas en el suelo especialmente protegido o suelo destinado a equipamientos públicos); y, otra parte, en el derecho administrativo urbanístico sancionador (por ejemplo: las edificaciones no autorizables levantadas en suelos clasificados como suelo no urbanizable ordinario o común).

1. ¿Qué es la corrupción urbanística?

Si bien actualmente no existe una definición unívoca de corrupción, una primera aproximación la encontramos en el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, donde se define *corrupción* como «acción y efecto de corromper o corromperse» (primera acepción), o, también, «en las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquéllas en provecho económico o de otra índole, de sus gestores» (cuarta acepción). Asimismo, la ONG Transparencia Internacional define la *corrupción política* como la «manipulación de políticas, instituciones y normas de procedimiento en la asignación de recursos y financiamiento por parte de los responsables de las decisiones políticas para poder conservar su poder, estatus y patrimonio⁸⁴».

Como puede observarse, idea común al fenómeno estudiado es el abuso de un poder público y, por ello, puede definirse la corrupción como la acción de aprovecharse de un poder público encomendado en beneficio particular o de terceros⁸⁵. Cuando el abuso del poder verse sobre cuestiones de Derecho

⁸⁴ En el siguiente enlace electrónico Transparencia Internacional publica un práctico glosario titulado «Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción»: <http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf> (consultado el 15 de agosto de 2016).

⁸⁵ En términos muy similares DE LA MATA BARRANCO, en *La respuesta a la corrupción pública, tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Granada, Comares, 2004, pp. 3 y 4; o, también, PEREZ CEPEDA, A y BENITO SÁNCHEZ, D, en «La política criminal internacional contra la corrupción», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I, (coordinador) *Estudios sobre la Corrupción, una reflexión hispano brasileña*, Salamanca, Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, 2013, pp. 13 y 14.

urbanístico⁸⁶ estaremos formalmente ante casos de corrupción urbanística⁸⁷. Es decir, la utilización torcida de las normas que regulan el uso y transformación del suelo es presupuesto necesario de la corrupción urbanística, revelándose ésta como un tipo especializado de corrupción general en la cual los corruptos utilizan las competencias públicas urbanísticas para beneficiarse a sí mismos o a terceros⁸⁸.

Por ende, materialmente la corrupción urbanística puede reconocerse en cualquier decisión apartada de la legalidad del Derecho en materia de ordenación del territorio, como por ejemplo: (i) decidir la reclasificación a urbanizable de un suelo no urbanizable que, por sus características naturales, debería conservar el régimen de especial protección; (ii) permitir activamente -otorgando una licencia urbanística ilegal- o pasivamente -no realizando *dolosamente* las inspecciones obligatorias pertinentes- la construcción de edificios o la realización de actividades incompatibles con la clasificación o calificación de un determinado suelo; (iii)

⁸⁶ Podemos definir al Derecho urbanístico como aquél conjunto de normas administrativas que regulan el uso y aprovechamiento del bien natural suelo y que controlan los procesos de urbanización y edificación sobre el mismo. Esta función regulatoria, cuya misión última pasa por restringir la libertad del propietario del suelo, se revela como fundamental si queremos proteger intereses colectivos frente a posibles intereses particulares contrarios al interés general (léase especulación del suelo, construcciones en espacios naturales dignos de protección, usos de solares incompatibles con el entorno, etc.).

⁸⁷ Entre otros, GARCÍA ARÁN, M, «Limitaciones del Derecho Penal en la prevención del delito urbanístico», en GARCÍA ARÁN, M (directora) *La delincuencia económica: prevenir y sancionar*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 86, donde define «corrupción urbanística (...) como abuso de poder mediante el cual se tuerce la ordenación territorial respetuosa con el interés general y las normas que lo protegen, en beneficio de intereses económicos privados».

⁸⁸ Evidentemente, dentro del concepto *terceros* incluyo el partido político, el cual, en muchas ocasiones es el máximo interesado en obtener recursos económicos generados por la corrupción y, con ello, sufragar los costosos gastos electorales o de estructura de partido.

recurrir a expedientes de modificación de planeamiento municipal con la única finalidad de legalizar de forma sobrevenida actuaciones urbanísticas declaradas ilegales en sede judicial contencioso-administrativa; (iv) permitir actuaciones en suelo urbano sin contar con el preceptivo proyecto de reparcelación urbanística y, con ello, renunciar *de facto* a las cesiones urbanísticas municipales; (v) dictar informes irreales mediante los cuales inflar el justiprecio de una expropiación urbanística; o, (vi) suspender licencias o denegar derechos legítimos urbanísticos a tercero sin base legal alguna. Evidentemente las anteriores sólo son una lista explicativa de algunos casos de incumplimiento del Derecho urbanístico que pueden ser utilizados como instrumentos para favorecer los intereses propios o de terceros y constituir con ello corrupción urbanística. No son un *númerus clausus*. Cualquier decisión que se aparte de la legalidad urbanística, dolosamente tomada, puede llegar a considerarse corrupción urbanística⁸⁹.

Generalmente los beneficios pretendidos por los corruptos, después de materializar las operaciones urbanísticas, residirán en importantes cantidades de dinero. No obstante, en ocasiones, con el presunto fin de aumentar los ingresos del consistorio o favorecer la economía de la región, se han permitido todo tipo de actividades industriales contrarias a las normas de ordenación del territorio. Quizá

⁸⁹ En ocasiones la administración pública licitará obras de urbanización o construcción de infraestructuras públicas o pondrá en venta terrenos de dominio público aptos para la urbanización y construcción. Estos negocios, evidentemente, también pueden realizarse con abuso del poder de disposición encomendando y buscando un beneficio personal o de terceros, y, por ello, considerarse corrupción. No obstante, en estos escenarios no estaríamos estrictamente ante prácticas de corrupción urbanística. Aquéllas cuestiones estarían vinculadas con el derecho del suelo pero, las normas retorcidas o incumplidas serían las de contratación de las administraciones públicas o, de patrimonio de las administraciones públicas -en concreto, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; y, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público- y, por ello, son casos estudiados como supuestos de corrupción en la contratación pública.

levantar hoteles en primera línea de mar en espacios naturales protegidos sea el ejemplo más triste y paradigmático de ello en nuestro país. Estas decisiones pueden llegar a ser aplaudidas por una parte muy importante de los habitantes del lugar. No obstante, la aceptación por parte de la ciudadanía no constituye patente de corso ni eximente penal. Evidentemente, abusar del poder público en búsqueda de réditos electoralistas también es corrupción urbanística.

2. Algunas posibles causas de la corrupción urbanística en España

Si bien esto es más propio de la ciencia criminológica o la sociológica, creo necesario intentar apuntar algunas de las causas que pueden propiciar el nivel de corrupción urbanística en nuestro país. Además, si no se plantean las posibles causas del fenómeno de la corrupción urbanística difícilmente podrá decidirse si el actual Derecho penal es suficiente para resolver el problema planteado o, en caso negativo, qué otros mecanismos serían convenientes para intentar solucionar la cuestión.

Algunos autores, como por ejemplo DEL MORAL GARCÍA, han señalado la tolerancia social como causa 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»⁹⁰».

⁹⁰ 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. 52.

Otra de las causas que han podido señalar los estudiosos del Derecho es la liberalización del suelo supuestamente motivada por el Real Decreto Ley 4/2000, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes (Ley 4/2000) que reformó parcialmente el texto de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre el régimen del suelo y valoraciones (Ley 6/1998). Respecto a este motivo estoy sólo parcialmente de acuerdo, porque entiendo que la Ley 4/2000 no liberalizó el suelo en España, en todo caso lo desregularizó. Ciertamente se eliminó de la Ley del Suelo la posibilidad de clasificar como no urbanizable suelo únicamente por su consideración de inadecuado para un desarrollo urbano -el conocido como suelo no urbanizable común- y, por tanto, después de la reforma comentada, solamente podían tener la condición de suelo no urbanizable aquellos suelos que estuvieran sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial -competencia de las Comunidades Autónomas-, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público o, aquellos suelos que el planeamiento general -competencia municipal- considerase necesario preservar por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales.

No obstante, en puridad técnica, la Ley 6/1998, modificada por la Ley 4/2000, no liberalizó directamente el suelo; debe recordarse que las competencias para ello estaban atribuidas en último término a las Comunidades Autónomas y, en especial, a los Ayuntamientos, esto es: para la existencia de una efectiva liberalización de suelo los entes locales deberían haber modificado sus planeamientos urbanísticos municipales, algo que, en la mayoría de municipios, no ocurrió hasta pasados varios años de la entrada en vigor de la Ley 6/1998. Es más, mediante el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Suelo se volvió a introducir en el ordenamiento

jurídico español la posibilidad de clasificar suelo urbano en base a la voluntad de preservar los terrenos de la urbanización, sin otra consideración, y ello, aparentemente, no ha comportado, a partir de esa fecha, una reducción drástica de los casos de corrupción urbanística. Ahora bien, sí creo que la Ley 4/2000 provocó «que el centro de gravedad de la normativa no descansa en la discrecionalidad, sino que permita abiertamente la arbitrariedad, al consentir que cualquier municipio, con muchos o pocos vecinos, con personal competente o sin él, pueda aprobar y desarrollar crecimientos urbanísticos desaforados y manifiestamente incompatibles con las necesidades reales de la sociedad⁹¹» algo que, sin duda, ha coadyuvado a que se produzcan casos de corrupción urbanística.

Evidentemente las anteriores cuestiones han participado de la corrupción pero únicamente con ellas no se explica la magnitud del fenómeno analizado. En mi opinión, las causas más relevantes del problema estudiado son las cuatro siguientes: (i) el gran negocio económico que constituye el urbanismo en España; (ii) la especial dificultad técnica del Derecho urbanístico administrativo; (iii) la dispersión competencial administrativa en materia de ordenación territorial y urbanismo; y, sobre todo (iv) el *descontrol* del Derecho urbanístico municipal. Veámoslas por separado:

(A) El gran negocio del Urbanismo en España

El urbanismo y la edificación se han revelado durante los últimos años, al menos hasta la llegada de la crisis económica, como una de las inversiones más rentables posibles. En contundentes palabras de NIETO GARCÍA, «(...) detrás de la fachada del Derecho Urbanístico vive y triunfa un gigantesco negocio urbanístico

⁹¹ Informe de la Fundación Alternativas, de fecha 27 de junio de 2007: http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/publicaciones_archivos/xmlimport-fl5JRu.pdf p.17 (enlace consultado en fecha 20 de agosto de 2016).

que ha transformado sustancialmente la economía española de la segunda mitad del siglo XX y que es más importante que el del narcotráfico porque la oferta de drogas está más concentrada y el consumo es comparativamente reducido. No todos los ciudadanos son drogadictos, mientras que prácticamente todos utilizan una vivienda (...)»⁹².

Por ello, y atendiendo al lucro que puede obtenerse, con el fin de obtener una decisión político-urbanística que les beneficie los corruptores *invierten* ingentes cantidades de dinero y ejercen todo tipo de presiones. Asimismo, el político o funcionario corrupto valora la oportunidad de ganar mucho dinero abusando del poder público que tiene encomendado en relación al gran negocio del Derecho urbanístico.

Además de lo anterior, que en definitiva, no deja de ser una obviedad -los corruptos y corruptores están más interesados en los sectores económicos más relevantes- existe una tendencia creciente de los Ayuntamientos en los últimos años que pasa por forzar las normas urbanísticas para aumentar su cuota de beneficio en el negocio urbanístico.

Actualmente se entiende que el incremento del aprovechamiento del suelo que propician las decisiones políticas, y, concretamente, sus plusvalías urbanísticas, deben revertir, al menos en parte, en favor de la sociedad que ha decidido graciosamente la reclasificación de los terrenos⁹³. Este reparto de beneficios se

⁹² NIETO GARCÍA, A, *Balada de la Justicia y la Ley*, Madrid, Trotta, 2002, p. 129.

⁹³ En este sentido, el uso al cual tiene derecho el titular de un determinado terreno está supeditado al uso predeterminado por la norma urbanística aplicable -en concreto, por el plan urbanístico-. No obstante, este uso reglamentado no es intangible siendo el mismo susceptible de modificación. Esto significa, por poner un ejemplo, que si un municipio, a pesar de haber consumido todo el suelo urbanizable del cual disponía, sigue con expectativas de crecimiento demográfico y con ello, con necesidades de crecimiento urbano, puede reclasificar suelo rústico -cuyo

materializa finalmente gracias a las normas de Derecho urbanístico y permite a la administración entrar en el negocio del Derecho urbanístico. La Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley de régimen del Suelo y Ordenación Urbana fue la primera que otorgó a la administración local el derecho a reclamar un porcentaje del 10 por 100 del aprovechamiento medio del sector resultante de las obras de urbanización, porcentaje incrementado en posteriores reformas legislativas a un 15 por 100 del aprovechamiento medio del sector.

La mayoría de los especialistas en la materia aplauden este derecho municipal. Este porcentaje de aprovechamiento lucrativo se ha revelado durante los últimos años como uno de los grandes métodos de financiación de la mayoría de Ayuntamientos del país. Asimismo, los terrenos adquiridos por estas vías pasan -o, al menos, deberían legalmente pasar- a formar parte de los patrimonios municipales de suelo, los cuales, bien gestionados -a través de la proyección de viviendas de protección oficial o la venta de terrenos municipales para nuevas urbanizaciones a precios menores de los ofrecidos por el mercado privado de suelo, etc.- podrían servir para frenar o limitar la tendencia especulativa del mercado urbanístico en general y del precio de la vivienda en particular.

Ahora bien, no puede silenciarse que la experiencia acumulada en numerosas ocasiones ha sido exactamente la contraria. Pretendiendo maximizar los beneficios económicos de los recursos municipales -y de paso, en ocasiones,

aprovechamiento urbanístico estará limitado normalmente a actividades agrarias o ganaderas-, y, con ello, posibilitar su transformación en suelo urbano. Esta decisión municipal hará feliz especialmente al propietario de los terrenos objeto de reclasificación urbanística ya que éste verá, de la noche a la mañana y sin ningún esfuerzo por su parte, incrementado sustancialmente el valor de mercado de su propiedad y los potenciales aprovechamientos de la misma en base al nuevo destino urbanísticamente decidido por el consistorio -por ejemplo, suelo destinado a uso residencial plurifamiliar-.

lucrarse personalmente- en los últimos tiempos hemos conocido una intolerable lista de casos de corrupción urbanística municipal en los cuales algunos políticos han actuado como auténticos promotores mercantiles de suelos privados y, con ello, han acentuado aún más la tendencia especulativa de los terrenos urbanizables de sus municipios⁹⁴. Para frenar esta tendencia, especialmente más acentuada en los municipios demográficamente más pequeños, varias voces se han alzado reclamado mayor presencia o participación de los Ayuntamientos en los tributos estatales o autonómicos como una posible solución.

(B) La dificultad técnica del ordenamiento jurídico urbanístico

El Derecho urbanístico constituye posiblemente una de las especialidades más complejas del ordenamiento jurídico español, contando con una gran variedad de conceptos normativos propios como zonificación, retranqueo, reparcelación, sistema de compensación, aprovechamiento tipo, etc. En este sentido, y del mismo modo que se expresa el Informe de la Fundación Alternativas citado en páginas anteriores, entiendo que una normativa difícil de comprender abre puertas a la corrupción urbanística⁹⁵.

⁹⁴ En estos términos se expresa, entre otros, VERCHER NOGUERA, A., «Reflexiones sobre corrupción y urbanismo», en *Fraude y Corrupción en la Administración pública*, editorial Universidad de Salamanca, 2002, pp. 309 y 310.

⁹⁵ Al respecto en la página 17 del Informe de la Fundación Alternativas, de fecha 27 de junio de 2007: http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/publicaciones_archivos/xmlimport-fl5JRu.pdf (enlace consultado en fecha 20 de agosto de 2016), puede leerse lo siguiente «La disparidad normativa es un inmejorable caldo de cultivo de la corrupción. Todas las Administraciones públicas tienen competencias normativas en materia de urbanismo, lo que provoca que el panorama de las normas aplicables resulte bien confuso. En la actualidad, resultan aplicables: la Ley Estatal del Suelo y leyes sectoriales; las leyes urbanísticas autonómicas, una por Comunidad Autónoma (más,

Asimismo, y en relación a todo lo anterior, comparto la reflexión de SANZ MULAS, y también creo que la «complejidad de la normativa administrativa y su excesivo tecnicismo es, sin duda, un factor que complica sobremanera la tarea de determinar si estamos o no ante un delito urbanístico, disminuyendo con ello las posibilidades de su persecución y castigo⁹⁶».

A mayor abundamiento, como defiende PARADA VÁZQUEZ⁹⁷, en España, a diferencia de la mayoría de países de nuestro entorno, el Derecho urbanístico se configura mediante una auténtica amalgama normativa que nada ayuda a clarificar una ya de por sí difícil disciplina jurídica. En el ordenamiento urbanístico español operamos, además de con las leyes estatales de aplicación a todo el territorio nacional y sus correspondientes reglamentos de desarrollo ejecutivo, con diecisiete leyes autonómicas que, a la luz de la STC 61/1997, tienen competencia exclusiva

habitualmente, sus reglamentos); las normas urbanísticas de los instrumentos de planeamiento que tramitan en lo esencial los Ayuntamientos. Sólo la recopilación del conjunto de la normativa estatal y autonómica (sin contar la local) supera las 5.000 páginas».

⁹⁶ SANZ MULAS, N, *Corrupción Urbanística (la mezcla de cemento, Ayuntamientos y comisiones ilegales)*, editorial La Ley, 2008, p 5.

⁹⁷ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Urbanístico General*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 20. Este autor señala que «esa conjunción de la propiedad privada sobre el suelo y las potestades públicas que condicionan decisivamente su utilización, objeto del Derecho urbanístico, se regulan en cuerpos normativos muy prolijos, recogidos en códigos de urbanismo, como en Francia, leyes estatales generales, caso de Italia, o, como en Alemania, en la que el urbanismo se rige por un Código federal que regula la propiedad urbanística y los instrumentos de planeamiento, quedando únicamente para los Estados la regulación de la policía urbanística -infracciones y sanciones- que coordinan a los efectos de una normativa igualitaria».

sobre cuestiones como planeamiento o instrumentos de ordenación urbanística, sistemas de ejecución, patrimonios de suelo, y, disciplina urbanística⁹⁸.

Igualmente, atendiendo a que la utilización irregular del Derecho urbanístico es presupuesto necesario de la corrupción urbanística, y que los Ayuntamientos son las administraciones territoriales con más competencias urbanísticas ejecutivas - otorgan licencias de obras, recalifican terrenos urbanos, reclasifican suelos no

⁹⁸ En la conocida y trascendental STC 61/1997, de 20 de marzo, el Tribunal Constitucional resolvió que el Estado no tenía competencias en materia urbanística y ordenación del territorio. En concreto, en el fundamento jurídico sexto de la citada sentencia se dice: «la competencia autonómica exclusiva sobre urbanismo ha de integrarse sistemáticamente con aquellas otras estatales que, si bien en modo alguno podrían legitimar una regulación general del entero régimen jurídico del suelo, pueden propiciar, sin embargo, que se afecte puntualmente a la materia urbanística (establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad urbana, determinados aspectos de la expropiación forzosa o de la responsabilidad administrativa). Pero ha de añadirse, a renglón seguido, que no debe perderse de vista que en el reparto competencial efectuado por la CE es a las comunidades autónomas a las que se ha atribuido la competencia exclusiva sobre el urbanismo, y por ende es a tales entes públicos a los que compete emanar normas que afecten a la ordenación urbanística, en el sentido más arriba expuesto». En este contexto, y sin entrar a valorar en profundidad el actual reparto competencial en materia urbanística, quiero señalar, al objeto de tener al menos una visión esquemática de la cuestión, que la competencia legislativa en materia de ordenación territorial y urbanismo está constitucionalmente reconocida -artículo 148.1.3 de la Constitución española- en favor de la Comunidades Autónomas, siempre que estas así lo prevean en sus respectivos Estatutos de Autonomía, algo que han hecho todas y cada una de ellas. Mediante la potestad legislativa apuntada, las Comunidades Autónomas deciden el modelo urbanístico propio, y determinan los instrumentos de ordenación territorial. Estos instrumentos tienen por objeto solucionar problemas de alcance supramunicipal que no pueden dejarse en manos de instrumentos de ámbito local, como la protección de determinados espacios naturales o el desarrollo de infraestructuras que afecten a más de un término municipal. Al Estado como se observa, únicamente le corresponde la regulación de las condiciones básicas de la propiedad, la expropiación forzosa, y los métodos de valoración del suelo, sin que cuente con competencias de legislación básica en la materia.

urbanizables, realizan (u omiten) actuaciones de inspección y sanción en materia urbanística, etc.- la mayoría de expedientes penales por corrupción urbanística tendrán origen en actuaciones locales desarrolladas en un marco urbanístico propio y diferenciado del resto del territorio, a saber: el marco normativo establecido en el planeamiento municipal correspondiente⁹⁹.

Pues bien, al final el problema de la amalgama normativa, la dispersión competencial, y, la tecnificación, llega al orden jurisdiccional, donde Jueces y Magistrados de la Jurisdicción penal, no especializados en la materia urbanística, deben valorar complejas cuestiones técnico-urbanísticas en el enjuiciamiento de este tipo de delitos¹⁰⁰.

(C) El descontrol del Derecho urbanístico

Sin desmerecer las anteriores causas, en mi opinión la falta de control de las decisiones municipales en materia urbanística es el principal motivo de la corrupción urbanística.

⁹⁹ De todas maneras, cuando un Ayuntamiento decide modificar su planeamiento urbanístico general puede que, en las nuevas disposiciones, se atente contra un interés supramunicipal digno de protección. Es por ello que la mayoría de Leyes urbanísticas de las Comunidades Autónomas prevén la fiscalización autonómica del planeamiento municipal antes de su aprobación definitiva y, por ello, podrían plantearse casos de responsabilidad compartida, entre el municipio y la Comunidad Autónoma, si finalmente acontece la aprobación definitiva de un Plan urbanístico ilegal por parte de aquélla. Si a ello le sumamos que en ocasiones el Plan General municipal acaba aprobándose por silencio de la administración autonómica, el problema de la comprensión del Derecho urbanístico todavía se complica más.

¹⁰⁰ A mayor abundamiento, como es sabido, la jurisdicción penal no está obligada a suspender el procedimiento por cuestiones de prejudicialidad administrativa urbanística.

Todo acto administrativo dotado de cierta discrecionalidad sin transparencia de la actividad, posibilitará la corrupción. En el Derecho urbanístico están previstos mecanismos de acceso a la documentación mediante los cuales todo ciudadano tiene derecho a solicitar información urbanística a cualquier administración española y formular alegaciones contra todos los acuerdos urbanísticos que considere oportunos -acción pública urbanística-¹⁰¹. Ahora bien, no podemos cargar la responsabilidad del control de los poderes públicos a los ciudadanos particulares. Estos tienen el derecho, pero no la obligación. Además, es conocida la desidia y parsimonia con la que responden solicitudes de información algunas administraciones locales.

Históricamente el gran mecanismo de control de los Ayuntamientos habían sido los funcionarios públicos de habilitación estatal que operaban en ellos, a saber: los secretarios de Ayuntamiento, interventores y tesoreros municipales;

¹⁰¹ En concreto, el artículo 5 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana dispone, entre otras cuestiones, que serán derechos del ciudadano: «(...) (c) Acceder a la información de que dispongan las Administraciones Públicas sobre la ordenación del territorio, la ordenación urbanística y su evaluación ambiental, así como obtener copia o certificación de las disposiciones o actos administrativos adoptados, en los términos dispuestos por su legislación reguladora. (d) Ser informados por la Administración competente, de forma completa, por escrito y en plazo razonable, del régimen y las condiciones urbanísticas aplicables a una finca determinada, en los términos dispuestos por su legislación reguladora. (e) Participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas y a obtener de la Administración una respuesta motivada, conforme a la legislación reguladora del régimen jurídico de dicha Administración y del procedimiento de que se trate. (f) Ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora».

profesionales que, con su alta tecnificación e independencia, podían controlar la actuación irregular de los entes locales y denunciar los intentos de corrupción política de los representantes municipales. El problema, disfrazado de una presunta *modernización* de la administración local y adornada con el principio de *autonomía local*, ha sido el descarado e injustificado proceso de debilitamiento de las funciones de estos profesionales. Esta tendencia paulatina de modernización y que, en definitiva, ha minado el control municipal realizado históricamente por estos funcionarios, se inició con la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local mediante la cual, entre otras cuestiones, se derogó el mecanismo de *advertencia de ilegalidad* prevista en el antiguo artículo 413 de la antigua Ley de Régimen Local de 1950 y se instauró un sistema de baremos específicos locales en los concursos de traslados mediante los cuales los Ayuntamientos podían forzar la elección de su *mejor* candidato -esta práctica dio lugar a esperpénticas solicitudes de méritos para el puesto como saber montar a caballo o tener experiencia como gerente de una fábrica de cerámica, entre otros¹⁰²-. Asimismo, en reformas legales posteriores se posibilitó la libre designación de secretarios, interventores y tesoreros en algunos municipios, dando como resultado que el controlado fuese el que designara y cesara libremente a su controlador.

A consecuencia de las limitaciones que han soportado estos funcionarios, actualmente el secretario o interventor del Ayuntamiento, antes de acudir a presentar una denuncia ante el Ministerio Fiscal, deberá estar muy seguro de la viabilidad del procedimiento acusatorio penal. Trasladar la presunta noticia criminal

¹⁰² Informe de la Fundación Alternativas, de fecha 27 de junio de 2007: http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/publicaciones_archivos/xmlimport-fl5JRu.pdf p.17 (enlace consultado en fecha 20 de agosto de 2016).

a la justicia supone enfrentarse al gobierno municipal, del cual, en definitiva, depende finalmente su situación laboral¹⁰³.

Devolver a los secretarios e interventores locales unas plenas competencias de fiscalización y revestirlos de auténtica independencia en su función, sería un gran avance contra la corrupción. La posición que adopten nuestros políticos al respecto nos ayudará a extraer evidentes conclusiones. Todo es cuestión de voluntad.

3. Armas que dispone el Código Penal para luchar contra la corrupción urbanística

Por medio de los siguientes apartados intentaré explicaré algunos casos prototípicos de corrupción urbanística y, en su caso, que delitos existen actualmente en el Código Penal para castigar aquellas conductas.

Como ya he advertido en el inicio de este estudio, atendiendo al propósito del presente y los límites de extensión del mismo, el lector no encontrará un listado de cada uno de los tipos penales que podrían *imaginarse* en escenarios de corrupción urbanística. Me he centrado únicamente en los ilícitos penales que he considerado más relevantes y paradigmáticos del fenómeno estudiado. Asimismo, tampoco procederé a realizar un estudio técnico clásico y pormenorizado de la tipicidad de los delitos seleccionados. Recuérdese que el objetivo de los siguientes apartados es demostrar que el delito urbanístico y la corrupción urbanística

¹⁰³ Un ejemplo de las consecuencias que puede sufrir el secretario municipal *rebelde* lo describe El País en su noticia de fecha 10 de julio de 2016, titulada «Descubrí corrupción e intentaron acabar conmigo» y en la cual se relata el padecimiento sufrido durante años por la funcionaria local que denunció irregularidades municipales: http://politica.elpais.com/politica/2016/06/21/actualidad/1466532310_568075.html

responden a realidades distintas, siendo el primero parte no siempre necesaria de la segunda y, para ello, entiendo que si consigo señalar las características más importantes de los mismos completaré mi propósito.

No obstante lo anterior, sí creo necesario hacer una mención sucinta al bien jurídico protegido de los delitos que vayan ser objeto de análisis, no solamente para visualizar que interés intentan proteger, sino sobre todo, para reivindicar la importancia de este instrumento penal. Como es conocido, en 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»-. En este contexto, defiendo 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, sobre todo, se limita la discrecionalidad del poder legislativo, al invitarle a buscar un interés o bien jurídico protegido que justifique la sanción penal¹⁰⁴.

(A) Cuestión previa: el concepto de funcionario o autoridad en los delitos de corrupción urbanística

Atendiendo a la relevancia penal que tiene la consideración de funcionario o autoridad pública en prácticamente todos los delitos relacionados con la corrupción urbanística, es oportuno dedicarle aquí unas líneas de común aplicación a los delitos seleccionados.

¹⁰⁴ Entre otros 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.

En este sentido, la mayoría de preceptos que están vinculados con la corrupción son tipos penales especiales cuyo autor debe ser un funcionario o autoridad pública. El artículo 24.2 del Código Penal explica que debe entenderse por funcionario o autoridad a efectos penales, a saber: «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». Dentro de este concepto, el ordenamiento jurídico penal asume un concepto mucho más amplio de funcionario del que estrictamente definiría el Derecho administrativo. Por ejemplo, funcionario, a efectos penales, también es el alcalde o el concejal de Ayuntamiento, el cual, en derecho administrativo no tendría aquella consideración. A mayor abundamiento, la figura del asesor jurídico municipal, ocupación normalmente desarrollada por abogados externos que ocasionalmente hayan sido contratados por el consistorio, también podrá considerarse funcionario a efectos penales.

Por ejemplo en la STS 901/2012, de 22 de noviembre, el alto Tribunal confirma la condena, por un delito de prevaricación urbanística -artículo 320 del Código Penal-, a un asesor jurídico externo, el cual, no tenía la condición de funcionario público administrativo. En este sentido, en el Fundamento de Derecho noveno puede leerse que: «siendo por demás obvio, que no tenía la condición jurídico-administrativa de funcionario, que no lo era, al no ser parte de alguno de los cuerpos integrantes del staff de una administración; lo cierto es que, no obstante esto, en el trámite relacionado con la vivienda que aquí interesa, como en otros expedientes semejantes, desempeñó un cometido institucional que, a los efectos del artículo 24 Código Penal, le confería esa consideración. Por razón del nombramiento que le habilitaba para «participar en el ejercicio de [esas] funciones públicas» en el Ayuntamiento de Andratx».

(B) La prevaricación urbanística tipificada en el artículo 320 del Código Penal

El artículo 320 del Código Penal es conocido comúnmente como el delito de *prevaricación urbanística*. El bien jurídico protegido en este delito (del mismo modo que el delito urbanístico tipificado en el artículo 319 del Código Penal), es el valor material de la ordenación territorial en su sentido constitucional de utilización racional del suelo orientada a los intereses generales. No obstante, este precepto cuenta además con un segundo bien jurídico protegido -y, por tanto, se configura como un delito pluriofensivo¹⁰⁵- consistente en el correcto funcionamiento de la administración pública¹⁰⁶.

¹⁰⁵ En este contexto, por ejemplo, GORRIZ ROYO señala, en relación al artículo 320 CP, que: «...parece lógico interpretar que la previsión conjunta de la pena del delito del art. 404 C.P. y las de prisión o multa, es reflejo de la punición de ofensas a bienes jurídicos distintos: de un lado, el protegido en el delito del artículo 404 C.P., que sería un bien jurídico categorial o institucional, sustanciándose en el *interés público por el pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la ley y al Derecho*. Así entendido el bien jurídico, es posible descartar cualquier acepción del mismo que haga referencia a la «infracción de los deberes del cargo», a la «fidelidad», al «prestigio» o a la «obediencia debida a la Administración», porque dicho interés es concreción del *correcto ejercicio de la potestad administrativa o función pública, conforme al interés general según la legalidad vigente*. De otro lado, en los arts. 320, 322 y 329 C.P, también se tutelan los bienes jurídicos colectivos respectivamente protegidos en los artículos 319, 321 y 325 C.P, esto es, la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente. En particular, considero que en el art. 320 C.P. se tutelan simultáneamente *el interés público por el correcto funcionamiento de la función administrativa en el ámbito urbanístico y, además, el interés por la utilización racional del suelo que permita orientar este recurso natural al destino que según la ley y el Derecho le corresponde conforme a su naturaleza*: GÓRRIZ ROYO, E, *Los delitos de prevaricación urbanística*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 123 y 124.

¹⁰⁶ Entre otros, ACALE SÁNCHEZ, M, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 307; y, VILLACAMPA ESTIARTE, C, «Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 y 320)». En QUINTERO OLIVARES, G, (director) *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Navarra, Aranzadi, 2010, p. 272.

Se trata de un delito especial cuyo autor solamente puede ser un funcionario o autoridad pública¹⁰⁷ y cuya pena se determina por remisión a la prevista en el artículo 404 del Código Penal, delito de prevaricación administrativa general, - técnica legislativa por remisión que ha sido definida por algún autor como «pereza

¹⁰⁷ Atendiendo a la relevancia penal que tiene la consideración de funcionario o autoridad pública en prácticamente todos los delitos relacionados con la corrupción urbanística, creo que es oportuno dedicarle aquí unas líneas de común aplicación a los delitos seleccionados. En este sentido, la mayoría de preceptos que están vinculados con la corrupción son tipos penales especiales cuyo autor debe ser un funcionario o autoridad pública. El artículo 24.2 del Código Penal establece qué debe entenderse por funcionario o autoridad a efectos penales, a saber: «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». Dentro de este concepto, el ordenamiento jurídico penal asume un concepto mucho más amplio de funcionario del que estrictamente definiría el Derecho administrativo. Por ejemplo, funcionario, a efectos penales, también es el concejal de Ayuntamiento, el cual, en derecho administrativo no tendría necesariamente siempre aquella consideración. A mayor abundamiento, la figura del asesor jurídico municipal, ocupación normalmente desarrollada por abogados externos que ocasionalmente hayan sido contratados por el consistorio, también podrá considerarse funcionario a efectos penales. Por ejemplo en la STS 901/2012, de 22 de noviembre, el alto Tribunal confirma la condena, por un delito de prevaricación urbanística -artículo 320 del Código Penal-, a un asesor jurídico externo, el cual, no tenía la condición de funcionario público administrativo. En este sentido, en el Fundamento de Derecho noveno puede leerse que: «siendo por demás obvio, que no tenía la condición jurídico-administrativa de funcionario, que no lo era, al no ser parte de alguno de los cuerpos integrantes del staff de una administración; lo cierto es que, no obstante esto, en el trámite relacionado con la vivienda que aquí interesa, como en otros expedientes semejantes, desempeñó un cometido institucional que, a los efectos del artículo 24 Código Penal, le confería esa consideración. Por razón del nombramiento que le habilitaba para «participar en el ejercicio de [esas] funciones públicas» en el Ayuntamiento de Andratx».

legislativa¹⁰⁸»- a la que debe sumarse la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.

En la primera parte del artículo 320.1 se castiga a «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, (...)». Se sancionan aquí actuaciones previas a la toma de decisión administrativa y entiendo que acertó el legislador al incluir esta previsión. Piénsese que normalmente los órganos que resuelven en materia urbanística son políticos municipales con escasos conocimientos en la materia¹⁰⁹ y, por tanto, es conveniente que puedan apoyar sus resoluciones administrativas urbanísticas en opiniones técnicas favorables de profesionales especializados.

La importancia de estos informes antecedentes a la toma de decisiones urbanísticas ha sido apreciada por las legislaciones autonómicas en materia de urbanismo y, por ello, las Comunidades Autónomas ordenan la emisión de informes técnicos previos en la mayoría de actuaciones urbanísticas relevantes. Estos informes previos pueden haberse dictado abusando del poder encomendado y constituir un ejemplo típico de corrupción urbanística¹¹⁰.

¹⁰⁸ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M, *Derecho Penal Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 38.

¹⁰⁹ GARCÍA PLANAS, G, *El delito urbanístico. Delitos relativos a la ordenación del territorio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 86.

¹¹⁰ Un ejemplo de informe malicioso sancionable penalmente lo encontramos en la SAP de las Islas Baleares, 114/2011, de 6 de octubre, -en lo que aquí importa, posteriormente confirmada por la STS 901/2012, de 22 de noviembre-, en la cual puede leerse lo siguiente: «el asesor jurídico

Asimismo, en la práctica, si media el informe favorable del técnico especialista, y aun así, se acusa penalmente al político por haber acordado una resolución contraria al ordenamiento urbanístico, éste alegará que no es experto en la materia urbanística, y que «se ha limitado a cumplir con lo que han informado antes quienes entienden, los técnicos, y como estos han informado de forma favorable, ha tomado la decisión en ese sentido¹¹¹» algo que, de forma habitual propiciará su absolución.

En la segunda parte del primer apartado del artículo 320 del Código se posibilita la sanción penal del funcionario o autoridad en los casos que, con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de las normas urbanísticas o, en supuestos de inspecciones obligatorias, haya omitido la realización de las mismas. El supuesto de hecho es simple y recurrente. En el término municipal existen obras urbanísticas ilegales. El funcionario tiene conocimiento de ellas y decide silenciarlas, omitiendo con ello el expediente sancionador administrativo y la orden de demolición, en el caso de ser procedente. La referencia final del tipo, en la cual se castiga la omisión de la inspección obligatoria, se relaciona con la posibilidad, muy cierta en los municipios pequeños donde el funcionario, afín de los eventuales

informó en abierta contradicción con la legalidad a sabiendas de la legislación aplicable. Así de manera arbitraria favoreciendo a los promotores, bien por la influencia que estos ejercieron sobre el asesor o a través de terceras personas, ya fuera por mediación del acusado Hermenegildo o, a través del Alcalde o por otras personas con capacidad o poder de influencia en el asesor se consiguió mediante engaño a la Corporación el otorgamiento de una licencia nula de pleno derecho al no cumplirse lo previsto en la Ley de Espacios Naturales, Plan Territorial de Mallorca y Ley de Suelo Rústico lo que permitió que por el promotor y bajo la dirección del arquitecto, se realizara una vivienda de nueva planta ilegal en terreno protegido».

¹¹¹ PELEGRÍN LÓPEZ, A, «La responsabilidad penal de los funcionarios públicos y autoridades en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, y contra el medio ambiente», en *Cuadernos de Derecho Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2013, p. 95.

infractores urbanísticos, tiene conocimiento de una posible edificación u obra ilegal y opta por olvidarla. Este olvido o descuido puede tener razón en una relación de afinidad o estar motivada por algún tipo de contraprestación. Lo primero constituiría el delito del artículo 320 del Código Penal; lo segundo formaría parte también de la tipicidad del delito de cohecho previsto en el artículo 419 del Código Penal, que será estudiado más adelante.

Asimismo, en el segundo apartado del referido artículo se castiga, con las mismas penas, «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». Como se observa, mediante el segundo apartado del artículo 320 del Código Penal el legislador tipifica una prevaricación administrativa especial más penada que la prevista en el artículo 404 del Código Penal, al asumirse un desvalor cualificado si la resolución injusta versa sobre cuestiones de derecho urbanístico y ordenación territorial.

Dentro de este supuesto típico cabe subsumirse la utilización torcida del ordenamiento urbanístico al objeto de legalizar *ex post facto* obras urbanísticas típicas del delito urbanístico. En este sentido recuérdese que el delito urbanístico descrito en el artículo 319 del CP consiste en llevar a cabo obras no autorizables en suelos no urbanizables. Asimismo, he apuntado que la eventual posibilidad de autorización de la construcción más la clasificación jurídica del suelo dependerá de la norma urbanística administrativa.

Pues bien, en estos escenarios es imaginable el supuesto de hecho siguiente: un particular levanta una edificación ilegal subsumible en el tipo del delito urbanístico, que, no obstante, a lo largo de procedimiento penal -o incluso antes de iniciarse éste- será legalizada por la *interesada* modificación sobrevenida del

planeamiento municipal. Es decir, o bien la obra edificada, en base a la nueva norma urbanística, pasa a tener la condición de edificación autorizable, o bien, el suelo que la soporta inicialmente no urbanizable será reclasificado como suelo urbanizable. Esta posibilidad comporta que en ocasiones la finalidad de la corrupción urbanística sea la de *blanquear* el delito urbanístico. Esto es, por medio de la prevaricación urbanística -en un escenario donde quepa probarse algún ofrecimiento o recibimiento de contraprestación que motive la decisión urbanística de referencia estaríamos igualmente ante la consumación de un delito de cohecho- se utiliza torticeramente un poder público para legalizar unas obras que, según la normativa urbanística vigente al momento de ser levantadas, cumplían con todos los elementos del tipo de injusto del delito urbanístico.

Si bien estas cuestiones serán tratadas con mayor detenimiento en el Capítulo tercero de esta obra, conviene señalar aquí que todas las normas que integran el tipo de injusto, también las remisiones a las normas administrativas en las estructuras de la norma penal en blanco, ayudan a delimitar la conducta prohibida por el Código Penal, y, con ello, rigen para ellas los mismos principios generales del Derecho penal, incluido el principio de retroactividad favorable proclamado en el artículo 2.2 del Código Penal. No obstante lo anterior, debe recordarse en este punto que el Tribunal Supremo ha señalado que el principio de retroactividad de las normas que completan las leyes penales en blanco, en cuanto resulten favorables al reo, tiene muchas matizaciones, y, que, por ejemplo, no cabrá exigir la aplicación retroactiva de la nueva configuración de la norma penal en blanco si con aquélla no se ha procedido a la *modificación de la antijuricidad de la conducta consumada*¹¹².

¹¹² Por ejemplo, en el Fundamento Jurídico Tercero del Auto del TS 7314/2014 se apunta lo siguiente: «solo cuando esa nueva norma extrapenal suponga una valoración distinta de la conducta sancionada será predicable esa aplicación a hechos anteriores. En muchas ocasiones las modificaciones legislativas no implican una nueva valoración jurídica de los hechos por parte del

El legislador penal, respecto a la tipicidad de las formas del delito del artículo 320 del Código Penal, no discriminó ningún tipo de suelo. A diferencia del delito urbanístico en el delito de prevaricación urbanística, el informe ilegal, la omisión de investigación, el silencio de la infracción, o la votación urbanística antijurídica, pueden tener como objeto actuaciones urbanísticas en *cualquier tipo de suelo*, ya sea urbano, urbanizable, no urbanizable común o, no urbanizable especialmente protegido, siendo lo únicamente relevante que las actuaciones administrativas sean tomadas *dolosamente* en contra del ordenamiento urbanístico; en concreto debe probarse que el autor actuó «a sabiendas de su injusticia¹¹³».

legislador -razón última de la aplicación retroactiva de la legislación extrapenal-, sino puros cambios fácticos que afectan al supuesto de hecho regulado. Entonces, como se ha dicho «pese al cambio normativo producido, continúa cumpliendo perfectamente sus fines preventivos la sanción penal impuesta a un individuo que, en un momento en que determinados bienes jurídicos se hallaban especialmente expuestos al riesgo... realizó una conducta de puesta en peligro relevante de los mismos que todavía hoy se pretende evitar... El comportamiento realizado en un momento anterior continúa estando desvalorado». Que posteriormente la normativa varíe esas condiciones no afecta a la antijuricidad de la conducta pasada, ni supone necesariamente una valoración diferente y más benigna de la misma. Lo relevante es la normativa que regía en el momento de los hechos. Solo las modificaciones legislativas que obedecen a verdaderos cambios valorativos -el legislador opina que no es necesario seguir protegiendo del mismo modo un determinado bien jurídico o que determinado comportamiento ya no es lesivo para el bien jurídico de manera que no se mantiene la necesidad político criminal de un concreto tipo delictivo-, deben aplicarse retroactivamente si son favorables. Carecen de esa vocación de retroactividad aquellas modificaciones que no afectan al núcleo del injusto, sino a otros elementos típicos... ».

¹¹³ En algunos delitos de construcción típica similar, y bienes jurídicos protegidos de cierta proximidad al urbanístico se permite la condena penal por actuaciones imprudentes -léase por ejemplo el tipo imprudente del delito medioambiental: artículo 331 del Código Penal-. Por todo lo anterior, difícil justificación tiene actualmente la exigencia *sine qua non* de un dolo directo o primer grado en el delito de corrupción urbanística. En términos similares se expresa ACALE SÁNCHEZ, M, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 348: «Por lo que toca a la construcción del tipo subjetivo, de *lege ferenda*, podría plantearse qué sentido

Finalmente, si con la prevaricación urbanística se acaba propiciando la consumación de un delito urbanístico cabría fallar la doble condena, tanto del funcionario prevaricador como del sujeto común promotor o constructor, siempre que haya connivencia en la actuación de ambos. En relación a este extremo la jurisprudencia ha tenido oportunidad de fallar que «la aplicación del artículo 319 junto al 320 no encierra colisión con el principio *non bis in ídem*, por cuanto no se da coincidencia total de «desvalores» en bienes jurídicos protegidos; y tampoco se trata de mera progresión en el ataque a un solo y mismo bien penalmente tutelado¹¹⁴».

(C) Delitos contra la Administración Pública vinculados con el fenómeno de la corrupción urbanística

Los delitos contra la Administración Pública se recogen en el Título XIX del Libro II del Código Penal. Entre estos delitos, que van desde el artículo 404 al 444 del Código Penal, encontraremos el grueso de conductas prohibidas que pueden relacionarse con el problema de la corrupción pública, como el delito de cohecho, la prevaricación, la malversación de caudales públicos, el tráfico de influencias o, entre otros, la utilización abusiva de información privilegiada.

tiene la inclusión del «*a sabiendas de su injusticia*» que no hace más que impedir la admisión del dolo eventual.

¹¹⁴ Entre otras: STS, 1127/2009, de 27 de noviembre (Fundamento Jurídico Cuarto). En contra, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C, *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte Especial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 984 y 985: « (...) lo que resulta de todo punto insostenible tras las reforma de 2010 es la tesis jurisprudencial (vid. STS 1127/2009, 27-11) de apreciar un concurso de delitos entre los arts. 319 y 320. Esta solución (...) supone una vulneración del principio *ne bis in ídem*, dado el solapamiento parcial de ambos injustos (...)».

En este sentido, en los puntos subsiguientes intentaré explicar los rasgos principales de algunos de estos tipos penales, en concreto de aquellos que, junto a los delitos sobre el urbanismo y la ordenación del territorio estudiados más arriba, completan la respuesta penal al problema de la corrupción urbanística.

(i) Introducción al delito de cohecho: el soborno del funcionario o autoridad

De entre todos los tipos penales que se incluyen en el Capítulo XIX relativo a los delitos contra la administración pública -y, posiblemente, de cuantos delitos puedan encontrarse en el Código Penal-, el delito de cohecho representa la mejor medida penal contra el fenómeno de la corrupción urbanística.

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 pública¹¹⁵-. 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,

¹¹⁵ Si bien el artículo 423 del Código Penal equipara esta condición personal a «los jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública».

sujeto común, que ofrece o entrega algún tipo de retribución al funcionario para que éste consuma cualquiera de las formas del cohecho pasivo¹¹⁶.

Por todo lo anterior, no es fácil acotar un bien jurídico tutelado común para todas las formas posibles de cohecho¹¹⁷ existiendo actualmente distintas posiciones doctrinales, las cuales, muy sintéticamente, serían las siguientes: (i) la existencia en los delitos de cohecho de un bien jurídico vinculado a la incorruptibilidad e integridad del funcionario y el quebrantamiento de su deber de fidelidad, lealtad y probidad¹¹⁸; (ii) la necesaria protección de la buena imagen, prestigio y dignidad de la Administración Pública¹¹⁹; y, finalmente, (iii) un bien jurídico protegido vinculado a la tutela de la Administración Pública desde una perspectiva orientada

¹¹⁶ En la introducción de este capítulo se ha señalado que, por motivos de espacio y sistematización del trabajo, únicamente serán desarrollados en este estudio los delitos de cohecho que hemos considerados más paradigmáticos del fenómeno de la corrupción, a saber: el delito de cohecho pasivo propio y el delito de cohecho activo.

¹¹⁷ DE LA MATA BARRANCO, N, *La respuesta a la corrupción pública, tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Granada, Comares, 2004, pp. 51 y ss.

¹¹⁸ MUÑOZ CONDE, F, *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 873. Este autor considera que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos debe verse desde una doble perspectiva: «el quebrantamiento del deber y la confianza depositada en el funcionario (cohecho pasivo), [y] el respeto que se debe al normal y correcto funcionamiento de los órganos estatales (cohecho activo).

¹¹⁹ Posición doctrinal actualmente minoritaria y «de dudosa legitimación desde las concepciones actuales del Derecho Penal, al ofrecer una visión autoritaria de la Administración en cuanto se concibe como fin en sí misma y no organización al servicio del ciudadano»: DE LA MATA BARRANCO, N, *La respuesta a la corrupción pública, tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Granada, Comares, 2004, p. 64.

a los fundamentos constitucionales que imponen su correcto funcionamiento¹²⁰. En este sentido, considero que la última posición de las señaladas es la más acertada. Lo que debe protegerse con el delito de cohecho «no es un ente abstracto con independencia de su función jurídico-social¹²¹», sino que la tutela debe versar sobre 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 respetar¹²².

Considerando lo anterior, entiendo que idea común a toda forma de cohecho es que su bien jurídico tutelado, en todo caso, está directamente relacionado con el desvalor que se asigna al abuso de un poder público, presupuesto necesario de la corrupción urbanística ya que con este delito se intenta «evitar que los funcionarios públicos realicen actos de su competencia que sean constitutivos de delito o sean injustos, o que se abstengan de actuar cuando la Ley les ordena actuar,

¹²⁰ 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»:

¹²¹ DE LA MATA BARRANCO, N, *La respuesta a la corrupción pública, tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Granada, Comares, 2004, p. 66.

¹²² Artículo 103.1 de la Constitución española: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

siempre que dichas conductas u omisiones tengan por causa la venalidad (corrupción)¹²³».

(ii) El delito de cohecho pasivo propio

El autor del cohecho pasivo, tipificado en el artículo 419 del CP, es un funcionario o autoridad pública que solicita o acepta algún tipo de retribución a cambio de la realización de un acto contrario a los deberes de su cargo o, la omisión de un acto debido y, por ello, la relevancia de este tipo de injusto con el fenómeno de la corrupción urbanística es más que evidente.

Con este delito se castiga al funcionario público que se deja corromper sin que sea menester la obtención del regalo ni la realización del acto administrativo ilegal, presentándose por ello como un delito de mera actividad. Esto es, la consumación del tipo de cohecho pasivo aparece con la simple aceptación de una contraprestación -aún ésta no se reciba- o la mera solicitud de prebenda por parte del funcionario.

A mayor abundamiento, este delito no impide que los funcionarios corruptos respondan, además del cohecho, por varios ilícitos penales vinculados con la corrupción urbanística adicionales. Así, si el funcionario acepta o solicita dádiva, favor o retribución de cualquier clase para realizar un acto contrario a los deberes inherentes de su cargo consumará el tipo del cohecho. Si además, finalmente, se realiza el acto ilegal comprometido y éste está vinculado con el Derecho urbanístico, como por ejemplo facilitar una licencia ilegal, se habrá consumado un segundo delito, el de prevaricación urbanística prevista en el artículo 320 del Código Penal y cuyos presupuestos, en este supuesto de hecho, son efectos concomitantes del

¹²³ MIR PUIG, C, «El delito de cohecho en la reforma del Código Penal», en *Diario La Ley*, Nº 7603, Sección Doctrina, La Ley, 2011.

soborno consumado. A mayor abundamiento, si el acto administrativo ilegal es coadyuvante de la materialización de una construcción o edificación ilegal, podría consumarse y penarse un tercer delito, a saber, el delito urbanístico tipificado en el artículo 319 del Código Penal.

La consumación de los tres tipos penales apuntados en el párrafo precedente puede generar algunas tensiones concursales y posturas doctrinales enfrentadas, ya sea defendiendo el concurso aparente de normas penales o bien, en favor del concurso de delitos. No obstante, parte del posible debate ha sido solucionado expresamente por el legislador penal al incluir en el último inciso del tipo de injusto estudiado la referencia «sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito» referencia que impone la apreciación del concurso de delitos entre el cohecho y el delito que pueda cometerse al realizar el acto comprometido¹²⁴. Recordemos que no solamente la consumación del cohecho -aceptar o solicitar la contraprestación- se producirá normalmente en un estadio anterior al de la realización de la prevaricación -realizar el acto administrativo urbanístico ilegal-, sino que incluso, el bien jurídico protegido en el soborno no es plenamente

¹²⁴ Esta solución concursal me parece la más acertada en escenarios de corrupción urbanística. Recuérdese que el Tribunal Supremo ha señalado que «la diferencia esencial [entre el concurso de delitos y el de normas penales] radica en que en el concurso de normas el hecho es único, en su doble vertiente natural (de la realidad) y jurídica (de la valoración), pues se entiende que el hecho lesiona del mismo modo el bien jurídico que es tutelado por las normas concurrentes, por lo que el contenido de injusto y de reproche de este hecho queda totalmente cubierto con la aplicación de sólo una de dichas normas penales, haciendo innecesaria la aplicación de las demás. Sin embargo en el concurso de delitos el hecho lesiona más de un bien jurídico, cada uno de los cuales es tutelado por un precepto penal diferente, de modo que para responder al diverso contenido de injusto del hecho deben ser aplicadas las diversas normas que tutelan los diversos bienes jurídicos frente a acciones que también son diversas; entre otras: STS 1493/1999, de 21 de diciembre (FJ 30º).

coincidente con el tutelado en la prevaricación urbanística, siendo éste último un delito pluriofensivo protector del correcto funcionamiento de la administración pública, más, del valor material de la ordenación territorial en su sentido constitucional de utilización racional del suelo orientada a los intereses generales.

Más problemas puede presentar la posibilidad de castigar al funcionario en la eventual realización material del acto urbanístico antijurídico, por ejemplo la construcción ilegal subsumible en artículo 319 del Código Penal, si ésta fuera consecuencia última del soborno y la subsiguiente prevaricación urbanística. No obstante, en mi opinión, nada impide defender la punición de los tres tipos penales en concurso real de delitos. Fácticamente pasan por ser tres actuaciones distintas, consumadas en momentos diversos, cuyos bienes jurídicos tutelados no son plenamente coincidentes.

(iii) El delito de cohecho pasivo impropio

El artículo 420 del Código Penal prevé la segunda modalidad de cohecho pasivo impropio como: «La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años».

La única diferencia entre el cohecho pasivo propio y el impropio estriba en que en éste último el funcionario se compromete a realizar un acto acorde a su cargo o función y, por ende, pasa por ser un acto administrativo *legal* que se utiliza torticeramente con fines espurios. Evidentemente esta conducta cuenta con un

desvalor del injusto menor, lo que se traduce finalmente en una más benévola consecuencia jurídica.

La jurisprudencia a señalado que el bien jurídico tutelado mediante este precepto consiste en la preservación de la confianza pública en que los funcionarios realicen sus funciones sometidos únicamente al imperio de la Ley.

En cuanto a su relación con la corrupción urbanística, no cabe duda que no tiene la misma significación que el tipo de cohecho pasivo propio. Podemos pensar en ejemplos como el funcionario que tiene la obligación de expedir una licencia de obras y la supedita a previa gratificación económica indebida¹²⁵ o la tramitación discrecional de una modificación puntual del plan general municipal, cuyo resultado posibilitaría el incremento de aprovechamiento privado, y que queda paralizada hasta que el alcalde reciba el regalo solicitado.

No obstante, al versar el tipo de injusto sobre actuaciones que serán propias del cargo del funcionario éstas no lesionaran tan gravemente el ordenamiento urbanístico y, por tanto, no constituyen medios útiles de la *gran* corrupción urbanística.

Finalmente, y en relación al cohecho pasivo impropio, la actual formulación del Código Penal presenta un relevante problema de subsunción. Esto es, puede apreciarse una cierta identidad de razón entre el tipo castigado en el artículo 420 del cohecho con el tipo de injusto previsto en el artículo 437 del Código Penal, artículo que castiga con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de

¹²⁵ Por ejemplo, en la STS 684/2013, de 3 de septiembre, se confirma la condena por delito de cohecho pasivo impropio al Alcalde y el Concejal de Urbanismo que exigieron el pago de diversas cantidades -superiores a los 120.000 euros- a un promotor inmobiliario a cambio de la concesión de licencias de construcción.

suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años - como se observa, consecuencia jurídica notablemente más benévola que la prevista en el tipo de cohecho pasivo impropio-, a la autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada.

La conducta típica prevista en el precepto relativo a los fraudes y exacciones ilegales de los funcionarios públicos viene a coincidir con parte de la subsumible en el tipo de cohecho pasivo impropio. Ambos se presentan como tipos de mera conducta que no exigen la obtención de la recompensa y, en ambos preceptos, se sanciona al funcionario que a cambio de ofrecerse a realizar una conducta propia de su cargo, solicita o recibe algún tipo de contraprestación, ya sea en forma de dádiva, favor o retribución de cualquier clase -artículo 420 del Código Penal- ya sea en forma de derechos, tarifas por aranceles o minutas -artículo 437 del Código Penal-; piénsese por ejemplo, en el funcionario que exige una minuta indebida por expedir una licencia de obras. Asumiendo que las formas de retribución son semánticamente intercambiables -la retribución de cualquier clase solamente es un concepto más amplio al de derechos, tarifas o aranceles- y, que ambos preceptos comparten el mismo bien jurídico tutelado, la solución debe pasar por aplicar el concurso aparente de normas penales, mediante el cual, atendiendo al principio de pena más penada: artículo 8.4 del Código Penal -con el criterio de especialidad, subsidiariedad o absorción no se soluciona la cuestión- se obligaría a que el tipo de cohecho se aplicase preferentemente. Por todo lo anterior, y para evitar conflictos de aplicabilidad, sería recomendable derogar el artículo 437 del Código Penal.

(iv) El delito de cohecho pasivo subsiguiente o de recompensa

El artículo 421 del Código Penal dispone que «Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución

se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos».

Por medio de este precepto se castiga al funcionario que recibe o solicita la dádiva, favor o retribución, en un momento posterior al de la realización del acto administrativo. *Esto es, como ha señalado la jurisprudencia, en el delito de cohecho subsiguiente se requiere que la recompensa o dádiva no haya sido solicitada, aceptada o pactada antes de la realización del acto*¹²⁶. Este delito, en definitiva, no es más que una forma de sancionar penalmente las conductas previstas en los artículos 419 y 420 del Código Penal y, por ello, se comparten aquí los apuntes de las páginas anteriores referidas al respecto.

(v) El delito de cohecho pasivo impropio de facilitación

Este tipo de cohecho pasivo impropio está previsto en el artículo 422 del Código Penal con la siguiente redacción: «La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años».

A diferencia de los tipos anteriores, este cohecho pasivo impropio se presenta cuando el funcionario o autoridad recibe algún tipo de retribución en consideración de su cargo público, sin requerirse la realización por parte de aquél de algún acto -inherente o no- a su función.

Este tipo penal presenta dos principales problemas: el primero de índole probatoria y se refiere a la necesaria vinculación del regalo con la consideración del

¹²⁶ Entre otras STS 166/2014, de 28 de febrero (FJ 20º).

cargo público y; el segundo de carácter sustantivo, vinculado a la posible insignificancia penal, a efectos de antijuricidad material, del regalo recibido.

En este sentido, el tipo exige que la dádiva o regalo que sean ofrecidos lo sean en consideración del cargo o función pública. Esto se traduce en la posible alegación de descargo según la cual el regalo fue recibido en consideración de una afinidad personal o un cargo de carácter privado que el funcionario pudiera compaginar. En este sentido se expresa la STS 362/2008, de 13 de junio, al señalar los tres siguientes elementos *sine quan non* del delito estudiado: (i) *el ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto activo*; (ii) *la aceptación por éste de dádivas o regalos*; y, (iii) *una conexión causal entre la entrega de esa dádiva o regalo y el oficio público del funcionario*.

En cuanto a la posible ausencia de antijuricidad material, la mayoría de la doctrina asume que existe un límite de tolerancia social en relación a los eventuales presentes recibidos por los funcionarios públicos.

En estos términos se expresa el Tribunal Supremo en la sentencia citada en el párrafo anterior cuando afirma que: «No es tarea fácil la delimitación del alcance de este precepto a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social. Está fuera de dudas que este análisis sugiere el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de la rigidez de fórmulas generales». Por ello, el principio de insignificancia deberá discernirse en cada caso concreto y valorarse atendiendo a los usos y costumbres del oficio y el lugar. Parece razonable -que no necesario, sobre todo si se hace en atención al cargo público del receptor- invitar a una copa de cerveza o un café a un funcionario.

Poco razonable me parece, en cambio, aceptar como atípico el regalo de bolsos de primeras marcas, trajes de sastrería a medida, o, viajes, todo incluido, a exóticos países. Al final todo pasa por aplicar el sentido común.

Este delito tiene una vinculación con la corrupción urbanística relativa. Debe entenderse que en este tipo penal se exige que no haya actuación comprometida por parte del funcionario, y, por ello, no cabe subsumir este delito de cohecho en el fenómeno de la corrupción urbanística, al menos, no directamente. No obstante, cuando el regalo descubierto es de cierta consideración económica, se representa difícil aceptar que tal presente se haya realizado a título de liberalidad. Los datos objetivos nos pueden llamar a inferir algo distinto. Es posible que se haya descubierto sólo parte del ilícito penal, la dádiva irregular, pero reste escondido el acto administrativo cometido a su razón, que sí esté vinculado con el fenómeno de la corrupción.

(vi) El delito de cohecho activo

La modalidad de cohecho activo está prevista en el artículo 424 del Código Penal. Con este tipo de injusto se castiga la actividad del particular que ofrece o retribuye al funcionario con cualquier tipo de dádiva. Por tanto, el sujeto común que intervenga en el delito de cohecho no deberá responder como *extraneus* en el delito especial cometido por el funcionario o autoridad. El particular que ofrezca o entregue el regalo indebido será castigado como autor del delito de cohecho activo. Esta subsunción también comporta negar para aquél sujeto la posibilidad prevista en el artículo 65.3 del Código Penal.

Este tipo penal tiene una gran relevancia práctica en el favorecimiento de la corrupción urbanística. El corrupto urbanístico necesita del concurso del corruptor. La actuación del corruptor podrá presentarse de distintas formas, siendo especialmente relevantes aquellas que, en búsqueda de un provecho egoísta

promueven una modificación torticera de una norma general, cuyos efectos al final deberá soportar toda la comunidad¹²⁷.

Finalmente, en el artículo 426 del Código Penal, y en relación al delito de cohecho activo, se prevé una exención de la pena dispuesta del siguiente modo: «quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos». Esta excusa absolutoria ideada para favorecer la lucha contra la corrupción en general me parece políticamente acertada. Puede animar a denunciar casos de corrupción y, en definitiva, trasladar la noticia criminal al orden jurisdiccional penal para que éste utilice sus medios de lucha contra la corrupción urbanística.

(vii) La prevaricación administrativa

El artículo 404 del Código Penal tipifica el delito de prevaricación administrativa del siguiente modo: «A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o

¹²⁷ Por ejemplo, en la STS 670/2015, de 30 de octubre, se confirma la condena a título de cohecho activo respecto a la actividad de un promotor inmobiliario que mediante entregas de dinero en favor de responsables municipales interesó la recalificación urbanística de unos terrenos en los cuales interesaba un negocio inmobiliario: «(...) El dinero fue entregado materialmente por el gerente de las empresas del recurrente, Placido Benito, quien abonó por orden de su jefe 30.000 euros a cada uno de ellos, dinero que entregó en mano a Gines Imanol, para solventar problemas relacionados con la calificación de suelo en que se iban a construir los bloques cuya construcción había de adjudicarse al impugnante de la sentencia».

cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años».

Este delito tiene la condición de tipo básico en relación al delito de prevaricación urbanística, el cual, como hemos visto en páginas anteriores, sanciona al funcionario que resuelve injustamente en determinadas cuestiones vinculadas con el urbanismo o la ordenación del territorio, en concreto: cuando resuelve o vota a favor de la aprobación de instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación, o la concesión de las licencias, a sabiendas de su injusticia.

A diferencia de lo anterior, el tipo de prevaricación administrativa castiga al funcionario que dicta una resolución arbitraria en un cualquier asunto administrativo¹²⁸, también a sabiendas de su injusticia¹²⁹. Por tanto, si el artículo 404 del Código Penal constituye el tipo básico de la prevaricación, en los escenarios de corrupción urbanística, y atendiendo que las resoluciones adoptadas estarán vinculadas al ordenamientos jurídico urbanístico y normalmente subsumibles en el tipo del artículo 320 del Código Penal, el principio de especialidad como modo de

¹²⁸De igual modo, en algunos supuestos, si la resolución injusta dictada versa sobre cuestiones medioambientales o de conservación del patrimonio histórico, aplicando la solución de especialidad en el concurso de normas penales, los preceptos aplicables serán el artículo 329 (prevaricación medioambiental) y el artículo 322 (prevaricación relativa al patrimonio histórico) respectivamente, discriminándose la prevaricación general prevista en el artículo 404 del Código Penal.

¹²⁹ Negándose con ello la posibilidad de realización del tipo mediante dolo eventual.

resolución de discrepancias en concursos aparentes de normas desplazará su aplicación en favor del artículo 320 del Código Penal -prevaricación urbanística-¹³⁰.

(viii) El delito de tráfico de influencias

El artículo 428 del Código Penal dispone que «El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior».

Asimismo, el artículo 429 se dispone «El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, y prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o

¹³⁰ En este contexto se expresa el Tribunal Supremo cuando, en la STS, 1127/2009, de 27 de noviembre, resuelve que: «Añade el recurso que, en su caso, el delito del art. 319 entraría en concurso con el del art. 404; pero ello implicaría desconocer la especialidad del art. 320 respecto al 404.»

incentivos fiscales y de la Seguridad Social por tiempo de seis a diez años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior».

Ambos tipos penales conforman el delito de tráfico de influencias sobre funcionario o autoridad. El artículo 428 sanciona la influencia realizada entre funcionarios mientras que el artículo 429 sanciona la influencia ejercida por el particular. El elemento principal del delito es la referencia al *prevalcimiento* de la relación. Esto es, en el tráfico de influencias no se castiga la mera recomendación entre iguales, para que la acción sea típica será condición necesaria la existencia de una situación de superioridad mediante la cual, en una relación laboral o personal, uno influye decididamente sobre otros, haciéndole nacer en aquél la voluntad de cometer el acto administrativo solicitado. Si la voluntad se genera mediando contraprestación económica de cualquier tipo estaríamos ante un escenario de soborno y en aquél delito debería subsumirse el hecho cometido¹³¹. Si la decisión nace en base al padecimiento de amenazas físicas o psíquicas hablaríamos de un posible delito de coacciones o amenazas condicionadas «que en su caso podrían situarnos ante el esquema comisivo propio de la autoría mediata¹³²». Por tanto, para apreciarse el delito de tráfico de influencias la influencia debe ser pacífica y a título gratuito, aprovechándose el corruptor de la eventual posición de dominio o prevalencia que disfrute sobre el corrompido.

¹³¹ En este sentido MUÑOZ CONDE, F, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 884: «Si la «influencia» se ejerce ofreciendo una contraprestación de carácter económico, estaríamos, naturalmente sin más, en el cohecho, límite máximo de estos delitos, que, de algún modo, constituyen también un sucedáneo de aquel delito, cuando no se puede probar el ofrecimiento de una contraprestación económica, pero sí la «influencia» y el «prevalimiento»».

¹³² CUGAT MAURI, M, *El tráfico de influencias, un tipo prescindible*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 16-07, 2014, p. 4: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-07.pdf> (enlace consultado el 1 de septiembre de 2016).

En supuestos de corrupción urbanística pueden imaginarse escenarios donde el alcalde *influye* sobre el técnico responsable de la emisión del preceptivo informe urbanístico para que éste sea dictado favorable al los interese particulares del mismo alcalde o persona afín o, el pariente próximo o pareja sentimental del funcionario público que le *ánima* a modificar el planeamiento urbanístico a su favor.

(ix) El delito consistente en la utilización indebida de información privilegiada

El Capítulo IX del Título XIX del Libro Segundo del Código Penal se titula como «De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función». Dentro de este Capítulo encontraremos el delito de utilización indebida de información privilegiada tipificado en el delito 442 del Código Penal, precepto que, en mi opinión, puede constituir una medida muy útil en la lucha contra la corrupción urbanística.

En páginas anteriores he apuntado que el urbanismo es una función pública que sirve como medio para regular los usos del suelo a la luz del interés general. En este sentido el suelo cuenta con clasificaciones y calificaciones urbanísticas que lo vinculan a una serie de derechos y obligaciones. Si un suelo se clasifica como no urbanizable disfrutará de menos aprovechamientos económicos que un suelo urbano. Si un terreno se califica para uso de vivienda plurifamiliar *a priori* tendrá un mayor aprovechamiento económico que un terreno calificado para usos agrícolas. Como es sabido, estas condiciones dominicales no son eternas y, las mismas, son susceptibles de modificación; la conocida reclasificación o recalificación del suelo respectivamente. Estas operaciones urbanísticas requieren normalmente de un largo periodo reflexivo y de varios trámites administrativos: aprobación inicial, exposición pública, alegaciones, aprobación provisional, aprobación definitiva. Ahora bien, en muchas ocasiones antes de darse el primer paso administrativo «oficial» la decisión urbanística ya habrá sido acordada. El poseedor de esta

información, normalmente alcalde y/o concejal de urbanismo, podrá intentar utilizarla indebidamente. El supuesto de hecho es simple: el funcionario que sabe que un terreno será reclasificado o recalificado, procura su compra cuando todavía tiene naturaleza rústica y su precio es acorde a tal condición. Después, modificará el planeamiento urbanístico municipal y en esos terrenos antes aptos únicamente para la horticultura levantará legalmente varios bloques de viviendas: el «pelotazo» se habrá consumado.

Pues bien, lo descrito en el párrafo anterior es un acto de corrupción urbanística y está penado en el artículo 442 del Código Penal, cuyo tipo de injusto castiga al funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero.

Como puede observarse, el tipo de injusto del delito permite dos clases de información típica: la *información secreta* y la *información privilegiada*. La información secreta versa sobre aquella información que es conocida por muy pocos individuos y que, además, se confía en que siga así. En cambio, la información privilegiada está relacionada con el no conocimiento real o potencial de la información por la generalidad de personas al estar pendiente aquélla de publicación o comunicación pública¹³³. En este sentido, el principal problema acusatorio en la utilización de este tipo penal es determinar hasta qué momento debe considerarse una determinada información secreta o privilegiada. Por ejemplo, en la SAP Sevilla, 280/2009, de 29 de mayo, se absuelve al acusado de la presunta utilización de información privilegiada en asuntos urbanísticos, al considerar que la información dejó de tener carácter privilegiado desde el momento en que aquélla

¹³³ RODRÍGUEZ 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. 396.

fue debatida en el pleno municipal, aunque al momento de ser utilizada por el acusado no hubiera sido todavía publicada¹³⁴.

Finalmente, puede señalarse que la conducta típica del delito exige que se haga uso del secreto o información privilegiada con ánimo de obtener un beneficio económico, para sí o en favor de terceros. Si el funcionario simplemente revela indebidamente la información sin que concurra el ánimo del provecho económico el supuesto fáctico, en su caso, será subsumible en el artículo 417 del Código Penal.

4. Excurso: ¿Son suficientes los instrumentos penales actuales para luchar contra la corrupción urbanística?

Para poder responder a la pregunta formulada en el título de este apartado deberá plantearse antes la siguiente cuestión: ¿suficiente para qué? Si la suficiencia pasa por castigar penalmente las conductas que constituyen actos de corrupción urbanística la respuesta puede ser afirmativa. No obstante, si el carácter suficiente pasa por prevenir los actos de corrupción, la respuesta debe ser negativa.

A lo largo de este Capítulo he señalado algunos de los medios penales que dispone el Estado de Derecho para luchar contra la corrupción urbanística. Asimismo, como he intentado reflejar en las páginas anteriores, la mayoría de los supuestos prácticos que pueden constituir casos de corrupción urbanística están perseguidos penalmente mediante el delito de prevaricación urbanística -en

¹³⁴ SAP Sevilla, 280/2009, de 29 de mayo: «(...) las sesiones de los Plenos municipales son públicas (...) Desde luego, en las actuaciones no consta que hubiera sido vedada al acceso de los ciudadanos a tal sesión plenaria. Puede, así, decirse, que desde un punto de vista material -el relevante desde la perspectiva jurídico-penal en que nos movemos- la información relativa a la voluntad municipal de recalificación de los terrenos controvertidos era pública desde aquella fecha (...). En consecuencia, a partir de tal fecha no cabe decir que los acusados manejasen «información privilegiada» en el concepto legal ínsito en los tipos penales aplicados».

ocasiones en concurso con el delito urbanístico-, y el delito de cohecho -en cualquiera de sus formas, en especial el cohecho activo y el cohecho pasivo propio-. Entiendo que los apuntados en este estudio son suficientes para dar respuesta al fenómeno de la corrupción urbanística¹³⁵. En definitiva, no creo que actualmente existan lagunas de punibilidad que inviten engordar *todavía más* el Código Penal¹³⁶. En el mismo sentido, también opino que las consecuencias jurídicas de los delitos de corrupción urbanística cumplen con el propósito de la doble prevención, general y especial, y que por ello, no es necesaria una nueva reforma legislativa que

¹³⁵ A mayor abundamiento, en este estudio solamente he analizado algunos de los delitos que están relacionados con la corrupción urbanística -los que considero más paradigmáticos- pero, en el Código Penal están tipificados otros delitos que pueden completar el instrumental penal utilizable para castigar conductas corruptas. Entre estos delitos encontraríamos el tráfico de influencias -artículos 428 y 429 CP-; la prevaricación administrativa -artículo 404 CP-; la malversación de patrimonio público -artículos 432 a 435 del Código Penal-; las negociaciones prohibidas de los funcionarios públicos -artículos 439 a 441 del Código Penal- eventuales estafas patrimoniales -artículos 248 a 251 del Código Penal-; etc.

¹³⁶ El Código Penal de 1995 cuenta con más reformas que años de vigencia. Parece que el poder político español tiene interiorizado que para calmar a la opinión pública de cada nuevo escándalo judicial televisado -algún reproche también debe hacerse a la conducta de los medios de comunicación que tiene gran parte de culpa sobre el populismo punitivo de este país- basta con tipificar nuevos delitos o aumentar las penas de los ya existentes, sin preocuparse especialmente por la necesaria proporcionalidad sistemática que deberían tener las penas o, por posibles casos de doble imputación. En este sentido, hace casi 20 años que QUINTERO OLIVARES publicó las siguientes palabras, las cuales, 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.

propicie una mayor punición¹³⁷». Ahora bien, una vez defendido lo anterior quiero apuntar que solamente con el Derecho penal no se acabara con la corrupción urbanística.

En este contexto, en los últimos años se han publicado varios trabajos de investigación que han detectado algunos problemas cuya solución ayudaría a la prevención y persecución de la corrupción urbanística. Por ejemplo, el equipo de investigación responsable de la obra «La Delincuencia Económica, Prevenir y Sancionar¹³⁸» señalaron, en el apartado de Conclusiones Generales, como posibles circunstancias coadyuvantes del fenómeno estudiado, entre otras, las siguientes: (i) una cierta indefinición entre el ámbito de protección penal en detrimento de la infracción administrativa, y, por ende, el padecimiento de situaciones de inseguridad jurídica; (ii) la confusión normativa en la aplicabilidad del derecho penal, sujeto a las modificaciones de la norma administrativa que completa su tipo, y que repercute inescindiblemente en la eficacia preventiva de la norma; (iii) falta de funcionalidad del control administrativo previo en el tipo del delito urbanístico; (iv) importantes dilaciones temporales en la resolución de controversias en sede

¹³⁷ En este sentido, comparto plenamente la reflexión de DEL MORAL GARCÍA cuando apunta que «Existe un error de política criminal muy habitual en el legislador consistente en creer que las penas más largas son las más efectivas, las más disuasorias. Ante la proliferación de algunos delitos o el clamor social por otros, la respuesta fácil barata pero nada inteligente, suele ser la de incrementar las penas. Esa senda suelen seguir los primeros anuncios de los políticos tras algún escándalo de corrupción, buscando más apaciguar a una justamente indignada opinión pública que atajar realmente el problema: 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.

¹³⁸ GARCÍA ARÁN, M (directora) *La delincuencia económica: prevenir y sancionar*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.

contencioso-administrativa, que hace ilusoria la pretensión de eliminar o disminuir, al menos en ese ámbito, las condiciones que propician el delito; o, entre otras, (v) una deficiente coordinación entre las dos instancias sancionadoras, cuya solución no se consigue únicamente apelando a la prejudicialidad penal. Intentar solucionar alguna de las anteriores cuestiones, que, como se observa, no exigen tipificar más delitos ni aumentar las penas de los existentes, tendría un efecto muy positivo en la lucha contra la corrupción urbanística.

Finalmente, y a mayor abundamiento, a lo largo del presente estudio se han ido apuntando algunas ideas adicionales, como la posible especialización de los órganos judiciales en cuestiones de Derecho urbanístico, la necesidad de replantear el sistema de financiación de los entes locales, el cual, actualmente pasa en gran medida por *explotar* el negocio urbanístico, o, entre otras, procurar devolver a los secretarios e interventores de Ayuntamientos unas funciones de control de la actividad municipal con plenas garantías de independencia. Adicionalmente, un instrumento que creo sería de gran utilidad pasaría por crear la figura del Inspector urbanístico: un funcionario del Estado o de las Comunidades Autónomas¹³⁹, independiente en todo caso de los municipios y provincias, que contase con amplios conocimientos técnicos en Derecho urbanístico y cuyas funciones fuesen la inspección aleatoria y, sin previo aviso, de todo tipo de expedientes urbanísticos en los archivos de las administraciones locales. Si de la inspección se revelase algún tipo de infracción o irregularidad urbanística el funcionario la debería comunicar a la justicia, facilitando con ello el traslado de la posible noticia criminal.

A modo de conclusión quiero reiterar la siguiente idea: actualmente sí existen medios penales de persecución y represión del fenómeno de la corrupción urbanística. Estimo estos medios suficientes y proporcionales. No obstante,

¹³⁹ De hecho, algunas Comunidades Autónomas, como la Junta de Andalucía o la Xunta de Galicia, han institucionalizado esta figura en sus organigramas internos.

únicamente con el Derecho penal no se podrá cambiar la realidad criminológica del problema, no, al menos, a los niveles deseables. Para ello serán necesarios medios administrativos coadyuvantes que posibiliten atajar la corrupción urbanística en instancias anteriores a la de la intervención del Código Penal. Evidentemente no niego aquí la importancia que tiene la jurisdicción penal, no obstante, si realmente existe una voluntad política de atajar el problema estudiado se debe intervenir en una fase previa, estableciéndose mayores sistemas de control administrativo y mejores procedimientos de transparencia de las actuaciones funcionariales. De lo que se trata, en definitiva, es que los corruptos y corruptores dejen de ser *invisibles* a los ojos de la justicia.

CAPÍTULO TERCERO. EL DELITO URBANÍSTICO A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

SUMARIO: I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO LÍMITE DEL DERECHO PENAL. II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DELITO URBANÍSTICO. 1. El delito urbanístico en las fuentes del Derecho penal: garantía de «lex scripta». 2. Las garantías individuales: «nullum crimen, nulla poena sine lege»: garantía de «lex praevia». 3. El delito urbanístico en la técnica de elaboración de leyes penales: garantía de «lex certa». (A) Los elementos normativos del tipo urbanístico. (i) Los conceptos promotor, constructor o técnico director. (ii) Los conceptos construcción o edificación. (iii) El concepto obras no autorizables. (iv) El concepto suelos destinados a viales, zonas verdes o bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural. (v) El concepto del «suelo no urbanizable». (B) Problemas prácticos dimanantes de la técnica de la Ley penal en blanco en el delito urbanístico. (C) El principio del «non bis in idem» en el delito urbanístico. (i) Non bis in ídem entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. (ii) Non bis in ídem respecto al delito urbanístico y el delito medioambiental. (iii) non bis in ídem respecto al delito urbanístico y la prevaricación urbanística. (iv) Non bis in ídem respecto de las circunstancias agravantes del delito urbanístico. (D) Cuestiones sobre posibles errores de prohibición en el delito urbanístico. (E) La prohibición de analogía del Derecho penal en el delito urbanístico. (i) La analogía respecto de determinados tipos de suelos especialmente protegidos. (ii) La analogía respecto de los sujetos responsables del delito urbanístico.

I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO LÍMITE DEL DERECHO PENAL

Puede considerarse al principio de legalidad como el principal límite que se

le impune al ejercicio del poder punitivo del Estado de Derecho, residiendo en este principio limitador la idea siguiente: el Estado no puede sancionar penalmente sino con arreglo a lo expresamente permitido en la ley y, dentro de los cauces procedimentales habilitados por la ley¹⁴⁰.

En este sentido, el principio de legalidad, al menos en la configuración real como límite del poder punitivo del Estado, tiene origen en la Revolución Francesa. Es un principio limitador consustancial al Estado de Derecho, tributario ideológicamente del periodo histórico de la Ilustración. Concretamente este principio materializó «el deseo de sustituir el gobierno caprichoso de los hombres por la voluntad general, por la voluntad expresada a través de la norma, de la ley. El gobierno de los hombres del soberano, es sustituido, por tanto, por la vigencia de la voluntad general»¹⁴¹.

En este sentido, LUZÓN CUESTA señala que, históricamente, en el marco internacional, el principio de legalidad ya fue reconocido en el Siglo XVIII tanto en

¹⁴⁰ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M, *Derecho Penal Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. P. 109.

¹⁴¹ CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999; autor que también nos recuerda que: «Se pretende, en un primer momento, que la ley, expresión de la voluntad general a través de la Asamblea Nacional, sea la única fuente del Derecho. Muy pronto puede comprobarse como ello no es posible: la complejidad de la vida resulta muy superior a las posibilidades reales de la Asamblea Nacional. El monopolio de la ley será sustituido por la primacía de la ley, expresión de la supremacía del poder legislativo sobre los otros poderes del Estado. En el esquema de división de poderes, clásico en Montesquieu, el poder legislativo es el superpoder: el primer poder del Estado, el que ostenta la representación de los ciudadanos. Ni el poder ejecutivo puede tomar decisión alguna que vaya en contra de la voluntad general, ni el poder judicial aplicar más Derecho que el que emana de esa voluntad general»: pp. 104 y 105.

la Constitución de los Estados Unidos de 1787 como en la Declaración francesa de Derechos del Hombre de 1789¹⁴² y que, en España, el principio de legalidad se positivizó por primera vez en la Constitución de 1812¹⁴³. Pero, solamente «a partir de la ideología liberal impulsada por la Ilustración y consagrada políticamente sobre todo a partir de la Revolución francesa, aquel principio se concibe como limitación del poder punitivo del Estado dotada del sentido de garantía para la libertad del ciudadano»¹⁴⁴.

Actualmente en España el principio de legalidad se encuentra enunciado en el artículo 9.1 de la Constitución española, el cual asegura que todos (también los poderes públicos) están sometidos al mandato legal¹⁴⁵; y, sobre todo, en el artículo 9.3 de la misma Carta Magna, donde se reconoce expresamente el principio de legalidad y seguridad jurídica: «La Constitución garantiza el principio de legalidad,

¹⁴² LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal Parte General*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 25; donde también puede leerse que, además de la Constitución de 1812, en España el principio de legalidad se ha incluido en las Constituciones de 1837, 1869, 1931, y 1978. Asimismo, en el Código penal este principio se ha consagrado desde el año 1822.

¹⁴³ En este sentido, el artículo 287 de la Constitución de 1812 señalaba que «Ningún español podrá ser preso, sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión». Y, el artículo 247 de la misma Constitución de 1812 apuntaba que «Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el Tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley».

¹⁴⁴ MIR PUIG, S, *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2016, p. 115.

¹⁴⁵ QUINTERO OLIVARES señala que «El artículo 9.1 CE, que cierra el Título Preliminar, tan cargado de valor programático, proclama algo tan evidente (hoy) como que los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico»: QUINTERO OLIVARES, G, *La Justicia Penal en España*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 121.

la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

Asimismo, el principio de legalidad penal se consagra en el artículo 25.1 de la Constitución española, al disponerse que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». También, en el artículo 117.1 de la Constitución se indica que: «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley». Completan la estructura del principio de legalidad penal los artículos del Código penal que ayudan a la configuración de las bases de las garantías individuales dimanantes del principio de legalidad, como son: los artículos 10 CP, 4.2 CP y 4.3 CP (garantía criminal); el artículo 2.1 CP (garantía penal); el artículo 3.1 CP (garantía jurisdiccional); y, el artículo 3.2 CP (garantía jurisdiccional).

Ahora bien, como es obvio, «la mera existencia de una ley no garantiza el cumplimiento del principio de legalidad en la aplicación de una pena¹⁴⁶». Por ello, y al objeto de evitar que el principio de legalidad quede como una proclamación vacía de contenido material, a la luz de los preceptos indicados en los párrafos anteriores, la Doctrina ha configurado las formulaciones contemporáneas del

¹⁴⁶ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M, *Derecho Penal Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, en cuya página 100 se señala que: «la mera existencia de una ley no garantiza el cumplimiento del principio de legalidad en la aplicación de una pena, como demuestra el hecho de que la existencia de leyes e incluso, la proclamación formal del principio de legalidad hayan convivido en regímenes autoritarios junto a la constante violación de los derechos individuales».

principio de legalidad. Entre estas, destacan una serie de garantías que buscan asegurar también el principio de seguridad jurídica (efecto concomitante de un ideal sistema normativo legalizado), como son las exigencias de claridad y taxatividad de la ley penal y, con ello, el respeto a los principios de la prohibición de la retroactividad desfavorable de la nueva norma penal, la proscripción (en algunos casos) de la analogía penal o, entre otras, la prohibición de la doble sanción por unos mismos hechos traducida en la vigencia del principio del *non bis in ídem*.

Con todo ello, actualmente, el principio de legalidad puede estudiarse desde tres dimensiones distintas: (i) desde las fuentes materiales del Derecho penal, que imponen la reserva de ley en materia penal; (ii) desde las garantías individuales, vinculadas al clásico aforismo de Feuerbach: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*; y, (iii) dentro de los principios que deben gobernar las técnicas de elaboración de las leyes penales, donde destacan los sub-principios de taxatividad y claridad que, como hemos apuntado, inciden a su vez en las cuestiones de la analógica penal; prohibición de la doble sanción por unos mismos hechos o, proscripción del principio del *non bis in ídem* y, entre otras, en las contingencias prácticas que pueden resultar de unos tipos penales excesivamente complejos, como serían eventuales escenarios de error de prohibición¹⁴⁷. Este será el método de análisis sistemático que seguiré para desarrollar el estudio del delito urbanístico a la luz del principio de legalidad penal.

A mayor abundamiento, en el capítulo introductorio del presente estudio he avanzado algunas cuestiones vinculadas al problema de la crisis técnica del poder legislativo contemporáneo. En este sentido, insisto que a la hora de incluir las *teóricas* nuevas necesidades de intervención y tutela penal en el Código, el

¹⁴⁷ Este esquema sistemático tricéfalo se sigue también, por ejemplo, en LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal Parte General*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 24 y ss.

legislador español, en ocasiones (demasiado frecuentes) amparándose en el argumento de ser el único representante de la voluntad popular, se ha permitido *manosear* el Código Penal a su libre arbitrio y ha venido utilizando el Derecho penal para solucionar problemas que podrían ventilarse en otras instancias menos gravosas para el ciudadano. Asimismo, se da la circunstancia de que parte de la nueva legislación penal, además de oportunista e injustificada, infringe directamente las garantías dimanantes del principio de legalidad, incumpliendo las exigencias de taxatividad y claridad en la configuración de la norma penal. Esto ha revelado el problema del 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 jurídica¹⁴⁸.

Por todo lo anterior, por medio de las siguientes páginas estudiaré el delito urbanístico a la luz de los presupuestos del principio de legalidad penal, y, con ello, intentaré valorar si este tipo penal cumple con los requisitos de legitimidad que dimanen de tales garantías limitadoras, o, por el contrario, cabe criticarse su actual formulación legal.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DELITO URBANÍSTICO

¹⁴⁸ 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.

Tal y como hemos señalado el principio de legalidad puede estudiarse en tres planos distintos: (i) fuentes del derecho penal; (ii) garantías individuales; y, (iii) técnicas de elaboración de leyes penales. Por ello, en las páginas siguientes desarrollaré las cuestiones vinculadas al delito urbanístico a la luz del principio de legalidad e intentaré determinar si este principio ha sido respetado en la configuración actual del artículo 319 del Código penal.

Asimismo, y, como no puede ser de otro modo, ampliaré los apartados de estudio con cada uno de los caracteres específicos que pueden encontrarse a su vez en cada una de las dimensiones sistematizadas. Así, procuraré analizar las cuestiones de la evolución de la ley penal urbanística en el tiempo (en el capítulo de las fuentes del derecho penal); las cuestiones vinculadas a la retroactividad penal (dentro de las garantías individuales del principio de legalidad); y, el estudio de la taxatividad más el estudio de varios problemas prácticos vinculados con el principio del *non bis in ídem* o, también, eventuales situaciones de error de prohibición por defectos en la claridad del tipo penal (en las técnicas de elaboración de leyes penales).

1. El delito urbanístico en las fuentes del Derecho penal: garantía de «lex scripta»

La idea que debe presidir este apartado es que el principio de legalidad penal impone una exigencia formal que ordena la reserva de ley en materia penal: conocido como el principio de *lex scripta* (por ello, oportunamente, la costumbre no es fuente del derecho penal). En concreto, como ya ha sido señalado, el artículo 25.1 de la Constitución española determina que nadie puede ser condenado por hechos que, en el momento de realizarse, no sean constitutivos de delito según la ley vigente.

Así, en lo referente a las garantías concernientes al principio de legalidad penal, éste incorpora, en el ámbito de las fuentes del derecho penal, una garantía de índole formal, «consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden, derivándose una «reserva absoluta» de ley en el ámbito penal¹⁴⁹». Ahora bien, este precepto no aclara *qué tipo de ley* debe exigirse para tal cuestión.

Actualmente la doctrina mayoritaria afirma que las leyes que deben exigirse como técnicas habilitantes para la creación o modificación del Derecho penal deben ser orgánicas, al menos las relativas al Libro II del Código penal o parte especial del texto legal. Esta conclusión pasa por la siguiente lógica: nuestra constitución diferencia claramente las leyes orgánicas de las ordinarias, reservado para las primeras el desarrollo de los derechos fundamentales¹⁵⁰. Así, atendiendo a que las

¹⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 283/2006, de 9 de octubre (Fundamento Jurídico quinto).

¹⁵⁰ El artículo 81.1 de la Constitución española apunta que: «Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución». No obstante, este mandato constitucional debe interpretarse restrictivamente. Sería recomendable que, donde la Constitución dice el «desarrollo» de los derechos fundamentales, se entendiera la «restricción» o «limitación» de los derechos fundamentales. Piénsese que el desarrollo o la regulación de derechos fundamentales, en *stricto sensu*, se puede hacer mediante todo tipo de normas legales, no solamente leyes orgánicas. En términos similares, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M, *Derecho Penal Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, en cuya página 104 se señala literalmente que: «La discusión producida en torno a este tema ha puesto de manifiesto que la cuestión a la que hay que atender para decidir si una ley penal «desarrolla» o no un derecho fundamental -puesto que ésta es la expresión utilizada por el art.81 CE- es la pena que impone. Dicho en otros términos, una ley penal no desarrolla un derecho fundamental porque lo proteja como bien jurídico (por ejemplo, la norma penal que castiga el homicidio al proteger la vida), sino porque imponga una pena cuya aplicación suponga la restricción de un derecho fundamental y

consecuencias jurídicas del delito afectan inescindiblemente al desarrollo de los derechos fundamentales (normalmente limitándolos¹⁵¹) las leyes penales deben tener como fuente una ley orgánica¹⁵². En suma, la creación o modificación de una ley penal que afecte a los derechos fundamentales (como ocurre en la redacción del tipo penal urbanístico) exigirá la utilización de la ley orgánica. Por tanto, no serán bastantes las leyes ordinarias o las demás normas de inferior rango.

Esta exigencia orgánica formal se cumple en el delito urbanístico español¹⁵³, el cual, tanto su origen, como sus modificaciones, se han realizado por medio de Ley Orgánica. En este sentido, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/1995,

por tanto, afecte a su ejercicio. Si se entendiera que el derecho fundamental desarrollado es el bien jurídico protegido por la ley, habría que concluir, por ejemplo, que la Administración de Correos no puede dictar una circular interna organizando determinada actividad para asegurar el secreto de la correspondencia, porque, al tratarse de un derecho fundamental, su protección requeriría una ley orgánica».

¹⁵¹ Cuando se impone una pena de prisión siempre se limita el derecho fundamental a la libertad del ciudadano. También, cuando se impone otro tipo de consecuencia jurídica (incluso las penas de multa) se incidirá, al menos, en la esfera del buen nombre o el honor de la persona condenada (recuérdese que todos los procedimientos penales gozan de publicidad). También, la imposición de ciertas inhabilitaciones especiales, como las relativas al derecho al sufragio pasivo o inhabilitación especial para empleo o cargo público, afectará al derecho fundamental a participar en la vida pública.

¹⁵² Esta conclusión incide en el procedimiento legislativo, ya que, a la luz del artículo 81.2 de la Constitución española: «La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto».

¹⁵³ No obstante, esta afirmación (sobre el cumplimiento de la exigencia de ley orgánica en el delito urbanístico) será matizada cuando estudiemos, en el apartado de las técnicas de elaboración de las leyes, las cuestiones vinculadas a la legitimidad de la técnica legislativa de la norma penal en blanco.

de 23 de noviembre, del Código Penal señaló, en relación con delito contra la ordenación territorial, que «se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser. En el primer sentido, merece destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales; (...)».

Así, la primera forma del delito urbanístico fue la siguiente: «1. Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. 2. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable. 3. En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe».

A partir del año 2010 el tipo penal del delito urbanístico se modificó sustancialmente. En este sentido la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó el Código penal señaló que «Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo son objeto de reforma en varios aspectos. De un lado, se modifica la rúbrica del Capítulo I del Título XVI del

Libro II, en la que se explicita, junto a la ordenación del territorio, el urbanismo como objeto de tutela. De otro lado, se introducen mejoras. Así, se amplía el ámbito de las conductas típicas a las obras ilegales o clandestinas de urbanización, ya que éstas pueden tener un mayor impacto sobre el territorio que las de mera construcción o edificación, a las que además suelen preceder. A fin de evitar la consolidación de los beneficios del delito por parte del infractor, se perfecciona el sistema en lo que respecta a la pena de multa, estableciéndose, junto a la ya existente previsión de multa por cuotas diarias, la imposición de multa proporcional para aquellos casos en que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante de la aplicación de aquella. Además, se concreta que en todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar».

De entrada, se modificó el nombre del Título XVI del Código penal, antes intitulado como De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente y, a partir de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 pasó a titularse como « De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente» y, consiguientemente, el Capítulo primero del Título XVI también incluyó la nueva definición, pasando a nombrarse como «De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo» antes solamente sobre la ordenación del territorio.

Así, la nueva redacción típica del precepto quedó como sigue: «1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables

en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. 2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable. 3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. 4. En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».

Finalmente, por medio del artículo 171 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal, se ha modificado el apartado tercero del artículo 319, quedando actualmente éste como sigue: «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 aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.» Como se observa se ha incluido «y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas».

Ahora bien, reiterando la conclusión que hemos señalado en este apartado, respecto a que el legislador penal sí ha respetado la exigencia formal de ley orgánica como fuente normativa del delito urbanístico, esta afirmación será matizada cuando estudiemos, en el apartado de las técnicas de elaboración de las leyes, las cuestiones vinculadas a la legitimidad de la técnica legislativa de la norma penal en blanco. Asimismo, junto a la garantía *formal* explicada en el presente apartado, el principio de legalidad comparte una serie de garantías *materiales* que exigen, por un lado, la necesaria predeterminación normativa, tanto de las conductas ilícitas como de las sanciones vinculadas (*lex praevia*) y, por otro, las exigencias de claridad y taxatividad que permiten conocer y entender el alcance de la norma de prohibición más las consecuencias jurídicas concretas de la ley penal (*lex stricta*). Estas son las cuestiones que, respectivamente, desarrollaré en los dos apartados siguientes.

2. Las garantías individuales: «nullum crimen, nulla poena sine lege»; garantía de «lex praevia»

Las garantías individuales del principio de legalidad se deducen en el clásico aforismo de Feuerbach: *nullum crimen sine lege praevia, stricta et scripta; nulla poena sine lege; nemo damnetur nisi per legale iudicium*¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Aunque, tal y como señala Mir Puig, «debe advertirse que literalmente Feuerbach no se refirió a la componente *nullum crimen sine lege* por mucho que se incluía en su pensamiento: MIR

Esta expresión latina acota algunas de las garantías dimanantes del principio de legalidad, a saber: (i) no hay delito sin ley previa, escrita y estricta que lo determine (garantía criminal); (ii) no cabe pena sin ley previa que la establezca (garantía penal); (iii) la pena debe ser impuesta mediante un juicio justo y siempre en un procedimiento predeterminado por la ley (garantía jurisdiccional); y, (iv) la ejecución de la pena debe seguirse dentro de los márgenes predeterminados por la ley (garantía de ejecución).

En concreto, la garantía criminal deriva del artículo 25.1 de la Constitución española: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento»; del artículo 10 del Código penal: «Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley»; y, del artículo 1 del mismo Código: «No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración». Esta primera garantía individual se completa por medio del artículo 4.2 del Código penal, el cual se apunta que: «En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal».

Los preceptos anteriores se traducen en que la realización de una determinada conducta por parte de un ciudadano solamente podrá considerarse delito si está previamente contemplada como tal en el Código penal: *nullum crimen sinne lege*.

PUIG, S, *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2016, pie de página segundo de p. 114.

El artículo 4.3 del Código penal ejerce una función de cierre de esta garantía criminal, al disponer que: «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». El mandato contenido en el artículo 4.3 es claro. Éste se enmarca en el esquema de división de poderes estatales, en el cual, el poder judicial debe juzgar y hacer ejecutar lo juzgado con arreglo y pleno sometimiento a la Ley que previamente le haya preparado el poder legislativo, auténtico representante de la voluntad popular. En definitiva, en nuestro sistema rige el principio de legalidad (no de oportunidad) y, con ello, si un determinado hecho está previsto como delito, los jueces y tribunales deberán dictar sentencia condenatoria, incluso, aunque consideren innecesaria la intervención penal por razones de mínima intervención o proporción penal.

No obstante, y si bien todo ello será desarrollado con detenimiento en las páginas dedicadas al bien jurídico penal del delito urbanístico, las normas penales, una vez publicadas y dotadas de vigencia, tienen que ser objeto interpretación judicial: la antigua prohibición de interpretar judicialmente de las leyes¹⁵⁵ está doctrinal y jurisprudencialmente superada.

¹⁵⁵ Los libre pensadores del siglo XVIII, entre ellos el ilustrado 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

Así, en la actualidad, se entiende que la voluntad de la Ley o *mens legis* prevalece a la voluntad del legislador o *mens legislatoris*¹⁵⁶, y, por ello, el texto legal, una vez publicado, 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 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 protección de bienes jurídicos, que lleva a manejar el bien jurídico como elemento interpretativo y dota al sistema de las comúnmente conocidas como causas de exclusión de la tipicidad penal (en especial, actos adecuados socialmente y principio de insignificancia), instrumentos que han permitido sentencias absolutorias en escenarios donde, los hechos probados podían subsumirse mecánicamente y literalmente en el tipo del delito urbanístico, pero, aludiendo a la insignificancia del hecho, y con ello, la ausencia de antijuricidad material de la acción, se han considerado finalmente atípicos. En este sentido, (insistiendo que estas cuestiones las desarrollaré en el apartado dedicado al bien jurídico protegido), reafirmando esta función metodológica, puedo traer a colación lo dispuesto en el Fundamento de Derecho tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo 752/2016, de 11 de octubre, donde podemos leer lo siguiente: «en la interpretación del tipo no debe olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuricidad material,

Derecho penal. Para ampliar estas cuestiones puede verse ÁLVAREZ GARCÍA, J, *Tratado de los delitos y las penas. Introducción*, editorial Comares, Granada, 1996.

¹⁵⁶ Entre otros LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal Parte General*, editorial Dykinson, Madrid, 2011, p.34.

aplicando, en su caso, los criterios de proporcionalidad, insignificancia e intervención mínima cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado.»

Asimismo, la garantía penal está descrita en el artículo 2.1 del Código penal: «No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad». Esta garantía supone que las penas que quepan imponerse deben estar predeterminadas por la Ley penal: *nulla poena sine lege*. Así, en este precepto se consagra la garantía el principio de irretroactividad penal cuya efectividad real está ligada al artículo 9.3 de la Constitución española, precepto que también señala que la Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Ahora bien, la prohibición de retroactividad tiene su excepción (también para las cuestiones vinculadas con la garantía criminal) cuando la nueva norma sea más favorables, tal y como se desprende del texto del artículo 9.3 de la Constitución (irretroactividad de las disposiciones *no favorables*) y, además, se confirma en el literal del artículo 2.2 del Código penal, en el cual se señala que: «No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario».

Esta cuestión tiene una incidencia muy notable en el delito urbanístico, ya que, el artículo 319 del Código penal está configurado como una norma penal en blanco, cuyo supuesto de hecho se remite en varios aspectos a normativa extrapenal, normativa que, a consecuencia de la habitual dinámica urbanística municipal, es objeto de una continua modificación y revisión. En este sentido, la

norma extrapenal administrativa configura elementos esenciales del tipo objetivo del delito urbanístico, a saber: (i) ¿qué son obras autorizables?; (ii) ¿qué son 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?; (iii) ¿qué son suelos no urbanizables?; y, -más discutible su configuración de norma en blanco- (iv) ¿qué son obras de edificación? y, (v) ¿quién es el técnico director?

Pues bien, atendiendo a la importancia que tiene la norma penal en blanco en la configuración legal del delito urbanístico he decidido centrar su estudio en un punto final independiente y, por tanto, para el desarrollo de las cuestiones vinculadas a la aplicación retroactiva de la nueva norma penal me remito por completo a ese lugar del presente trabajo.

En cuanto a la garantía jurisdiccional, ésta puede deducirse de los artículos 24¹⁵⁷ y 117.3¹⁵⁸ de la Constitución española y se concreta penalmente en el artículo

¹⁵⁷ «El artículo 24 de la Constitución española determina que: 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

¹⁵⁸ El artículo 117.3 de la constitución española dispone que: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de

3.1 del Código penal: «No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales». También encontramos manifestaciones de esta garantía en el artículo 1 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁵⁹ y, en el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, reguladora del Poder Judicial¹⁶⁰.

En este sentido (y salvo posibles situaciones concursales, de conexidad procedimental o, eventuales aforamientos) la garantía jurisdiccional en el delito urbanístico no ofrece ninguna especialidad procesal y se concreta de la siguiente manera: en atención a las penas del delito urbanístico (en el tipo agravado de un año y seis meses a cuatro años de prisión o 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; y de uno a tres años de prisión o 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 en el tipo básico) el juez competente para proceder a la instrucción de la causa (artículo 14.2 LECRIM)

competencia y procedimiento que las mismas establezcan».

¹⁵⁹ El artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que: «No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente».

¹⁶⁰ El artículo 9.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que: «Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley».

será el Juzgado de Instrucción del lugar (partido judicial) donde se hubieran levantado las obras de urbanización, construcción o edificación; y, la competencia para el conocimiento y fallo, en primera instancia, corresponderá al Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido (artículo 14.3 LECRIM). La apelación de la sentencia, en su caso, será competencia de la Audiencia Provincial del mismo partido judicial (artículo 790 LECRIM). A mayor abundamiento, la ley procesal penal dispone que el procedimiento jurisdiccional se desarrollará en el marco del procedimiento abreviado (artículo 757 LECRIM), procedimiento previsto para el enjuiciamiento de los delitos con pena menor a los nueve años de prisión)¹⁶¹.

Finalmente, la garantía de ejecución se deduce en el artículo 3.2 del Código penal, artículo que señala lo siguiente: «Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes».

En este contexto, las principales contingencias prácticas del delito urbanístico vinculadas con la garantía de ejecución del principio de legalidad las encontramos en el cumplimiento de las órdenes de demolición de las obras ilegales derivadas de la infracción urbanístico-penal. Así, el actual apartado tercero del artículo 319 dispone que «en cualquier caso» los jueces «podrán» ordenar a cargo del autor la demolición de la obra. Esta dicotomía entre la expresión en cualquier caso y el término podrán ha hecho surgir dudas y respuestas discrepantes en la fase de ejecución de sentencia, más cuando los Tribunales han considerado que la posible orden de demolición es una medida que puede dejarse sin efecto si, después de establecida en sentencia, se produce una modificación del planeamiento que la

¹⁶¹ Para el estudio práctico de las cuestiones procedimentales penales se recomienda GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal (Segunda Edición)*, Pamplona, Thomson Reuters – Civitas, 2015.

convierta en innecesaria, por lo que la posibilidad de una futura legalización no obsta a su ordenación en el ámbito penal¹⁶². En este sentido, las resoluciones que, en fase de ejecución de sentencia han permitido dejar sin efecto la orden de demolición de la obra constitutiva de delito urbanístico se han tomado a la luz del principio de proporcionalidad (principio que, indudablemente, tal y como ha tenido oportunidad de resolver el Tribunal Constitucional, debe iluminar el oficio del juzgador). Por ello, indico al lector que podrá encontrar más cuestiones vinculadas a las órdenes de demolición en fase de ejecución en los apartados de esta obra que dedicaré al estudio del principio de proporcionalidad, dentro del tema quinto: «el delito urbanístico a la luz del principio de intervención mínima penal».

3. El delito urbanístico en la técnica de elaboración de leyes penales: garantía de «lex certa»

El Derecho penal es un sistema de control social formalizado que busca, esencialmente a través del recurso de la amenaza con pena, tutelar y proteger los intereses y valores (bienes jurídicos) más importantes del individuo y de la sociedad. No obstante, como es evidente, para que el Derecho penal pueda desarrollar su función de forma efectiva, los ciudadanos no solamente deben poder «conocer» las normas de prohibición (garantías de *lex scripta* y *praevia*), sino, también, deben poder «entender» su alcance y nivel de consecuencias (garantía de *lex certa*). Por ello, las técnicas legislativas ideales son aquellas que puedan asegurar la configuración de las leyes penales de tal modo que se garantice la comprensión de las mismas, y, con ello, se garantice que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido más anticipar mentalmente, así, las consecuencias de sus acciones.

¹⁶² Por ejemplo, así se expresa en la Sentencia del Tribunal Supremo 529/2012, de 21 de junio.

Asimismo, a las normas penales, además de la inteligibilidad o claridad apuntada en el párrafo anterior (dirigida esencialmente al cuerpo social), deben exigírseles también un grado suficiente de taxatividad normativa que permita a los operadores jurídicos su correcto uso en la práctica judicial del derecho penal (garantía de *lex stricta*). Por ello, debemos exigir al legislador un grado de precisión técnico-legislativa que permita la realización de tales fines¹⁶³.

Evidentemente, lo anterior no significa que no quepan en ocasiones los conceptos jurídicos indeterminados o las remisiones normativas. No podemos pretender que el legislador sea capaz de crear tipos penales que acojan en su texto, de forma concreta y literal, todos y cada uno de los supuestos fácticos que sean susceptibles de lesionar el bien jurídico protegido objeto del precepto penal. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha resuelto al respecto que la claridad y precisión absoluta son inalcanzables dado el margen de indeterminación siempre presente del lenguaje humano. Así, se respetará el principio de taxatividad cuando la precisión legislativa ayude de forma suficiente a los ciudadanos a conocer razonablemente la conducta que constituye delito¹⁶⁴, pudiéndose, por tanto, utilizar

¹⁶³ En este contexto, algunos autores han criticado la escasa atención que dedica la doctrina jurídico-penal a las cuestiones vinculadas a la creación y modificación del Derecho. Por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS afirma que «La escasa atención que se presta a la problemática relacionada con la creación del derecho en el ámbito de la investigación jurídica es un fenómeno cada vez más resaltado y criticado, sin que ello haya originado, sin embargo, un desplazamiento significativo del interés académico, que sigue centrado en el estudio de la aplicación judicial del derecho»: DIEZ RIPOLLÉS, J,L. *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 13.

¹⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 122/1987 (Fundamento Jurídico tercero).

elementos indeterminados cuando su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia¹⁶⁵.

Ahora bien, en todo caso, en la configuración de los tipos penales el legislador debe evitar una redacción demasiado confusa o excesivamente técnica, la cual propiciaría la confusión o el desconocimiento por parte de los ciudadanos del alcance real de la tutela penal, fracasando con ello las garantías preventivo generales que justifican la existencia de la pena como máxima reacción punitiva del Estado y justificaría, además, la excusa del error de prohibición como método de descarga de responsabilidad penal en sede judicial.

El legislador también debe intentar evitar espacios de solapamientos normativos punitivos. Esto es, en la medida de lo posible debe evitarse un ordenamiento jurídico-sancionador que permita la doble sanción por un mismo supuesto factual. Finalmente, también deben evitarse los tipos de prohibición abiertos o poco determinados (que abriría la puerta a la arbitrariedad judicial y propiciaría la indeseable inseguridad jurídica) y debe procurarse una taxativa y completa descripción típica del precepto (que evitaría también la aplicación analógica del precepto penal).

Estas garantías materiales de la ley penal serán las que intentaré desarrollar en las siguientes páginas, vinculándolas en todo caso a las vicisitudes del delito urbanístico objeto de esta obra. Ahora bien, antes de seguir creo conveniente afirmar lo siguiente: las exigencias materiales de una norma penal «ideal» no se agotan con las señaladas en los párrafos anteriores. Al contrario, la intervención penal solamente estará justificada cuando se demuestre, además, que se está protegiendo un bien jurídico relevante (previa exigencia de la antijuricidad material) y que el Estado, para salvaguardar los intereses seleccionados, no disponía de otros

¹⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 69/1989 (Fundamento Jurídico primero).

recursos igualmente eficientes antes de acudir al Derecho penal (principio de la mínima intervención penal). No obstante, estas dos cuestiones tienen autonomía propia y, por ello, serán estudiadas individualmente en el tema cuarto y quinto de esta obra respectivamente.

(A) Los elementos normativos del tipo urbanístico

El tipo penal, del mismo modo que toda obra literaria, es una concatenación ordenada de elementos lingüísticos. La diferencia que destaca en el texto penal, es que sus artículos determinan normas de prohibición, cuyo alcance deberá resolverse mediante la interpretación de sus elementos. De este modo, la doctrina entiende que, en el tipo penal, podemos encontrar elementos lingüísticos normativos o descriptivos cuya diferenciación es capital a la hora de interpretar el alcance de la norma de prohibición penal. Como se observa, en esta obra, en relación al estudio de los elementos lingüísticos del tipo penal, acojo una posición favorable a las «teorías dualistas», es decir, considero que en los elementos lingüísticos del tipo penal podemos distinguir entre elementos normativos y elementos descriptivos mediante criterios analíticos predeterminados¹⁶⁶.

Así, el primer problema que encontrará el intérprete que se enfrente con la cuestión de exégesis del delito urbanístico será la de determinar cuáles de los elementos integrantes del tipo deben considerarse elementos normativos (y por tanto

¹⁶⁶ Comparte tal posición por ejemplo Mir Puig, cuando señala que: «En la formulación del tipo el legislador puede acudir a elementos descriptivos o a elementos normativos. 1. Son elementos descriptivos los que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos (...). 2. Son elementos normativos los que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social».

vinculados a una definición normativa preexistente) y, cuales, en cambio, son simplemente elementos descriptivos del delito que soportan una mayor carga de interpretación judicial y doctrinal¹⁶⁷.

En este contexto, el tipo del delito urbanístico contiene un número importante de conceptos que, en ocasiones, han sido considerados remisiones normativas (normalmente administrativas), pero, según mi opinión, solamente unos pocos de ellos son realmente figuras cuya interpretación está sometida inescindiblemente a las disposiciones de la norma extrapenal.

Por tanto, los elementos normativos en el delito urbanístico, vinculados con el derecho administrativo, tienen para el tipo penal del artículo 319 CP una importancia capital. Como señala ACALE SÁNCHEZ, «en efecto, ha de partirse de que el Derecho administrativo interviene en el sustrato sobre el que se levantan los delitos urbanísticos, definiendo las clases de suelo, los instrumentos en virtud de los cuales pueden ser transformados, regulando las condiciones para obtener una licencia urbanística, determinando qué conductas han de ser consideradas infracciones administrativas, con qué concretas sanciones serán castigadas y quiénes serán tenidos como autores de las mismas. Cada uno de estos elementos ha terminado formando parte expresa o implícitamente de los tipos penales, por lo que no pueden ser ignorados. Cuanto menos, el estudio sobre las figuras delictivas ha de partir de lo

¹⁶⁷ Por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M, *Derecho Penal Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; en cuya p. 270 señalan que: «*Elementos descriptivos* son aquéllos que se refieren a términos que cualquiera puede apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo (como «matar», «aire», «lesiones», «cazar», «cosa», etc.). *Elementos normativos* son, por el contrario, aquéllos que requieren para su comprensión, el conocimiento de alguna norma a la que el tipo se está remitiendo. Así, por ejemplo, para saber quién es «acreedor» tenemos que remitirnos a la norma civil que regula el derecho de crédito; o para saber qué es un «espacio natural protegido» hay que acudir a la normativa administrativa que lo define».

legislado y, a su amparo, actuado en el ámbito administrativo, para posteriormente, adoptar una decisión en torno a si dichos elementos han de ser considerados elementos normativos, por lo que el intérprete penal vendrá obligado a asumir los conceptos administrativos, o si por el contrario, a efectos penales, el Código se aparta de aquellas definiciones¹⁶⁸».

Ahora bien, no debe caerse en la confusión siguiente: remisión del precepto penal a una normativa extrapenal igual a norma penal en blanco (instrumento penal que será estudiado en el epígrafe siguiente). En ocasiones la remisión será uno de los posibles métodos de interpretación del elemento lingüístico del delito. Si la interpretación alcanzada mediante la remisión a la norma extrapenal es contingente, esto es, cabe proponerse una interpretación alternativa a la luz de los otros medios de interpretación existentes, no estaremos en presencia de una norma penal en blanco¹⁶⁹. En este sentido, solamente estaremos en presencia de una norma penal en blanco *stricto sensu* cuando, o bien la infracción de la norma extrapenal constituya un presupuesto *sine qua non* de la tipicidad del delito¹⁷⁰; o, al menos, cuando

¹⁶⁸ ACALE SÁNCHEZ, M, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, 1ª edición, Barcelona, Bosch, 2011, p 147.

¹⁶⁹ Por ejemplo, el elemento normativo «cosa mueble» del delito de hurto no está determinada por su definición Civil y, con ello, por ejemplo, la jurisdicción penal ha decidido que, a efectos penales, cosa mueble es cualquier elemento susceptible de ser transportado fácilmente.

¹⁷⁰ Ejemplo paradigmático de norma penal en blanco cuya remisión normativa exige la infracción de la norma extrapenal es el artículo 325 del Código penal, precepto en el que se define el delito medioambiental del siguiente modo: «Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas,

la remisión normativa sirva como método de interpretación del elemento lingüístico penal de forma absoluta¹⁷¹. Esta segunda posibilidad es la que encontraremos durante el análisis del delito urbanístico, el cual, contiene algunos elementos normativos cuya interpretación está marcada y sometida, obligatoriamente, por el sentido que le asigne la norma extrapenal.

Actualmente los dos tipos del delito urbanístico comparten la mayoría de elementos típicos, especializándose únicamente en las tipologías de suelo protegidos. Con la anterior redacción del delito urbanístico (modificada mediante la Ley Orgánica 5/2010), el tipo agravado exigía únicamente la realización de «una construcción» «no autorizada», y, en cambio, la consumación del tipo básico necesitaba la presencia de «una edificación» «no autorizable». A la luz de tal dicotomía la doctrina consideró: (i) que la actividad comisiva del tipo cualificado era más general que la exigida en el tipo básico, ya que construir albergaba más actividades (como levantar un muro o pavimentar un suelo) que edificar, acción que solamente se daba cuando se levantaban construcciones cerradas destinadas a viviendas o lugares de habitabilidad; y, (ii) que en el tipo cualificado se castigaba cualquier construcción contraria al ordenamiento jurídico, incluso, aquellas obras autorizables pero no autorizadas en el momento consumativo, mientras que en el tipo básico se castigaba únicamente cuando las obras fueran no autorizables¹⁷². Ahora bien, esta

incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas». Como se puede observar, la infracción de la normativa administrativa protectora del medio ambiente se configura como requisito inescindible de la consumación penal del delito medioambiental.

¹⁷¹ Por ejemplo, el elemento lingüístico «territorio español» del artículo 318 bis CP es un elemento definido normativamente que no permite distintas interpretaciones sobre el mismo.

¹⁷² Por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 3/2006, de 30 de enero de 2006, se afirma que: «El legislador ha querido dar más protección a ciertos espacios

última interpretación (mayoritariamente criticada por la doctrina -se consideraba al tipo cualificado excesivamente *formal*: un tipo accesorio del acto administrativo-) tuvo difícil acogida judicial, manteniéndose por la jurisprudencia mayoritaria que las obras, también del tipo cualificado (en contra del sentido literal de sus palabras) solamente serían típicas, a la luz del bien jurídico protegido y en orden al principio de mínima intervención, cuando no fueran autorizables. De lo contrario, el solapamiento del texto penal con la norma sancionadora administrativa (formalizada) era evidente.

Pero, como hemos avanzado, estas diferenciaciones típicas de ambos

naturales, no solo a través de posibilitar pena mayor, sino también no haciendo depender la tipicidad de eventuales legalizaciones posteriores, habiendo recibido alguna crítica doctrinal por ello, más los argumentos de defensa de tal *voluntas legislatoris* se refieren a la menor tolerancia para atentados a tales terrenos especiales, como -añadidamente- el entendimiento de que las construcciones allí realizadas serán por lo general ilegalizables». O, en términos similares, defendiendo la elección legislativa de la diferenciación típica, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2003, se señala que: «En el ámbito de la tipicidad se hace difícil justificar desde el prisma interpretativo literal que semejante diferencia sea banal, intrascendente, o despreciable, porque la diversificación de requerimientos hipológicos en punto a la calidad de la autorización (no autorizada/no autorizable) ha sido estampada en el mismo precepto, de manera que poca consistencia cabe atribuir a cualquier argumento relativo a un puro error o defecto de técnica legislativa. Como tampoco cabe deducir la intrascendencia de la doble referencia merced a interpretaciones de naturaleza sistemática, por cuanto -ya se ha adelantado- los diferentes párrafos del precepto que albergan cada una de estas distintas alusiones a la irregularidad administrativa (no autorizada / no autorizable), contienen previsiones típicas que responden a supuestos que en principio toleran perfectamente una interpretación literal congruente con la sistemática, dado que para el tipo agravado o cualificado el escenario se sitúa, más allá del carácter simplemente no urbanizable del suelo, en la nota especialmente distintiva de estar sujeto a restricción más intensa y estricta (predeterminada legal o administrativamente) por razones especiales de valor o protección, lo que revela una mayor intensidad del quebranto o superior gravedad lesiva del bien jurídico protegido, pues la conducta se determina a tenor de un elenco descriptivo de supuestos entre los que cabe ver reflejados los casos de más extremo padecimiento lesivo».

preceptos en relación con los términos «construcciones» o «edificaciones» y, «no autorizables» o «no autorizadas» han quedado superadas por la nueva redacción del tipo operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, de reforma del Código penal. En efecto, a partir del nuevo redactado típico el apartado primero del artículo 319 CP comparte las mismas formas comisivas y las mismas exigencias de autorización administrativa, equiparando pues la protección penal que se dispensa en los dos tipos penales regulados en el precepto en cuestión, de suerte que la persecución penal de las conductas previstas en el apartado primero pasa por la exigencia inescindible que la construcción sea efectivamente no autorizable¹⁷³.

Así, a partir de la reforma del Código penal operada mediante la Ley Orgánica 5/2010, los elementos normativos actualmente integrantes del tipo urbanístico pueden ser los siguientes: (i) promotores constructores o técnicos directores; (ii)

¹⁷³ Por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 199/2011, de 25 de julio, se apunta en su Fundamento Jurídico cuarto que: «la redacción vigente del art. 319 del CP ha variado respecto de la que era de aplicación a la fecha de los hechos, tras la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, y que resulta de aplicación en cuanto resulte más favorable al reo como exige el art. 2.2 del CP. Con la nueva redacción ya se suprime de la descripción típica la anterior distinción respecto al carácter autorizada o autorizable de la obra según se tratase, respectivamente, de construcciones 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 (art. 319.1 CP), o de edificaciones en suelo no urbanizable -art. 319.2 -; para, manteniendo ambos apartados, ampliar el contenido de la protección que dispensaba el apartado segundo -antes las dudas suscitadas en la doctrina en cuanto al alcance de los términos empleados- a cualquier obra de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos no urbanizables -frente a la limitación del anterior término «edificación»-, y por lo que ahora interesa, despenalizar la simple ejecución de obras en los referidos suelos del apartado primero cuando pese a no constar con autorización sean sin embargo autorizables, de tal forma que siéndolos, la simple ausencia de ésta quede en el ámbito puramente administrativo».

construcción o edificación; (iii) obras no autorizables; (iv) suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público; (v) lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural; y, para el tipo básico, (vi) el concepto del suelo no urbanizable. En lo sucesivo intentaré analizarlos individualmente, y, con ello, valorar el tipo de remisión interpretativa que permiten.

(i) Los conceptos promotor, constructor o técnico director

Primero intentaremos dilucidar qué debe considerarse por «constructor, promotor o técnico director». En este contexto, de entrada, ya señalo que mi posición pasa por defender que todos ellos son elementos descriptivos del tipo penal cuyo sentido debe buscarse mediante la interpretación teleológica del precepto, no a partir de remisiones normativas absolutas al contenido normativo dispuesto en leyes extrapenales.

En términos contrarios a los de mi posición se ha manifestado mayoritariamente la jurisprudencia española, aceptando ésta que, tanto el concepto promotor, constructor como, el técnico director, son conceptos determinados por normativas extrapenales que permiten acotar su significado de forma concreta.

Por ejemplo, en relación al término «promotor», se viene asumiendo que éste tiene cabida en lo dispuesto en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación, cuyo artículo 9 dispone que: «será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título». En base a tal vinculación normativa, se concluye que promotor lo puede ser cualquiera, incluso de una forma meramente ocasional. Así, según asume la jurisprudencia, «la figura del promotor parte de una realidad

preexistente, no se trata de un vocablo técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente, de manera que en el ámbito del artículo 319 será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, impulsa, propugna o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación, para sí o para su posterior enajenación¹⁷⁴».

Asimismo, el concepto «constructor» del delito urbanístico también ha sido vinculado jurisprudencialmente al artículo 11 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación, el cual señala que: «El constructor es el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato». Pero, en este caso, incluso, los Tribunales han hecho una interpretación extensiva de ese precepto y han defendido que no siempre será necesario el compromiso profesional de llevar a cabo la construcción para poder tener consideración de constructor a efectos penales, ya que, «cuando es el propio titular del terreno el que efectúa dicha construcción también quedaría incluido dentro del correspondiente tipo penal, sin que sea exigible para la existencia de dicho delito especiales conocimientos técnicos en el imputado¹⁷⁵».

Finalmente, en relación al concepto penal «técnico director», el artículo 12 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación, señala que: «El director de obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con

¹⁷⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 31 de octubre de 2013.

¹⁷⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria 27/2011, de 13 de abril, (Fundamento Jurídico segundo).

el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto». Y, se completa la anterior definición en el punto (a) del apartado tercero del mismo artículo 12, donde se señala lo siguiente: «Son obligaciones del director de obra: estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, según corresponda y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de personas jurídicas, designar al técnico director de obra que tenga la titulación profesional habilitante».

En este punto debe indicarse que el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de señalar que la participación en la comisión del delito urbanístico de un arquitecto titulado, cuya única función fuera la redacción y preparación del proyecto de construcción, sin que dirigiera la edificación, no encajaría dentro del concepto del tipo penal del delito urbanístico, al conceptualizarse éste como un delito especial propio acotado a los sujetos específicamente definidos por el mismo¹⁷⁶. Esta afir-

¹⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 568/2014, de 7 de julio, en cuyo Fundamento Jurídico séptimo podemos leer que: «...advertimos cómo, tras hacer referencia a las diversas actuaciones de los otros dos acusados, el relato de hechos atribuye como participación del ahora recurrente en los mismos, la de haber sido el Arquitecto que confeccionó un proyecto de ampliación de vivienda que no se ajustaba a los requisitos legales vigentes y que regían en la zona en la que dicha obra se iba a realizar. Si examinamos la descripción del tipo penal aplicado se observa que, dentro de su característica como delito especial propio, es decir, sólo susceptible de ser cometido, como autores, por las personas que en la norma concretamente se identifican, en este caso, además de a promotores y constructores, se hace referencia tan sólo a los técnicos directores "que lleven a cabo" la realización de las obras irregulares, lo que, a la vista de la literalidad del "factum" no era la actividad propia del recurrente que, como dijimos, se limitó a elaborar el proyecto de modificación de la vivienda, pero sin que conste que tomase parte en la ejecución de la misma. Lo que nos lleva a considerar que no nos hallamos, en esta ocasión, ante la existencia de un delito como el que constituye el objeto de acusación, por mucho que pueda calificarse de profesionalmente inadecuado el trabajo realizado por el recurrente».

mación nos parece correcta. Insistimos, la jurisdicción penal no debe quedar vinculada a las definiciones extrapenales de los conceptos constructor, promotor o técnico director. Al contrario, debe buscar su significado a la luz del tipo urbanístico, por medio de una interpretación teleológica del mismo, que asuma como requisito inescindible el respeto a las garantías dimanantes de los principios de intervención mínima y proporcionalidad.

Así, como he señalado al inicio de este epígrafe, convengo que es necesario proponer una definición penal propia de los conceptos promotor, constructor y técnico director, que, en definitiva, se aleje del mandato interpretativo vinculado a las disposiciones de normativas administrativas o civiles concurrentes en el sector de la edificación. Ahora bien, ello no significa que defienda que cualquier persona que construya o promueva una obra no autorizable pueda encajar en el concepto constructor o promotor a efectos penales. Al contrario, en el apartado donde trataré cuestiones problemáticas de la analogía penal en el delito urbanístico, y con el objeto de buscar una separación coherente del tipo penal con las infracciones urbanísticas administrativas, sobre todo desde un enfoque de interpretación sistemática y en el marco de la garantía de intervención mínima penal, afirmaré que el delito urbanístico se configura como un delito especial propio cuyos autores solamente pueden ser, además del técnico director, el constructor o promotor «profesional o habitual».

En definitiva entiendo que en relación a los conceptos vinculados a los autores, al posicionarme en defensa de la tesis del delito especial (tal y como desarrollaré en el apartado que versa sobre la analogía del delito urbanístico) la jurisdicción penal debe esforzarse para elaborar un concepto jurídico-penal del promotor, constructor o técnico director autónomo e independiente del concepto que pueda encontrarse en normas administrativas; lo contrario significaría poco más

que aceptar la simple criminalización de un sector del Derecho administrativo sancionador o formalización penal de la norma urbanística disciplinaria¹⁷⁷.

Por todo ello, considero que las cuestiones de los sujetos del delito urbanístico deberán analizarse en el marco de los delitos especiales propios, es decir, considero «que la aplicación del precepto requiere inexcusablemente que el sujeto activo ostente alguna de las cualidades profesionales reseñadas en la norma, bien la de constructor, bien la de promotor o técnico de la edificación, lo cual atribuye al agente una nota de profesionalidad y habitualidad en el que hacer de la construcción que impide asimilar sin más matiz la condición de promotor o de constructor al concepto puramente jurídico-privado¹⁷⁸».

(ii) Los conceptos construcción o edificación

La jurisprudencia ha tenido la oportunidad de fallar que el concepto edificación es más restringido que el concepto construcción¹⁷⁹, algo que me parece correcto

¹⁷⁷ En términos muy similares se resuelve la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 2 de noviembre de 1999.

¹⁷⁸ Sentencia del Juzgado de lo Penal Número 2 de Almería, 410/2014, de 24 de septiembre (Fundamento Jurídico cuarto).

¹⁷⁹ Por ejemplo, en el Fundamento jurídico cuarto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 213/2009, de 27 de mayo, se puede leer que: «Pues bien, el concepto de «edificación», es más restringido que el de «construcción», que tiene un significado más amplio, pudiendo referirse la construcción a toda modificación mediante obras de albañilería, entendida éstas en un sentido amplio, de la configuración del suelo que goza de la especial protección a la que alude el artículo 319.1 del Código Penal, no exigiéndose, por tanto, la aparición fruto de esa actividad de un cuerpo con un volumen determinado como pudiera ser una edificación, propia del artículo 319.2 CP. La construcción, contemplada en el apartado 1 del artículo 319 CP como acción y efecto de construir, tiene un sentido amplio en el que se incluyen muros y otras obras, mientras que la edificación

pero, actualmente, también intrascendente a efectos prácticos. Como ya he señalado más arriba, mediante la Ley Orgánica 5/2010 se modificó el precepto penal del tipo urbanístico de tal forma que, tanto su tipo básico, como su tipo agravado, pasaron a contemplar ambas formas comisivas. Antes de la precitada reforma la construcción solamente estaba prevista para el tipo cualificado (la cual bastaba en régimen administrativo de no autorizada) y, la edificación estaba prevista en el tipo básico (con la exigencia reforzada que aquélla fuera no autorizable administrativamente).

No obstante, lo que no comparto con la jurisprudencia mayoritaria es que estos conceptos (construcción o edificación) determinen la condición del delito urbanístico como norma penal en blanco. En este sentido, por ejemplo, en el Fundamento jurídico cuarto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 213/2009 se señala que «para delimitar el concepto de la edificación habremos de acudir a la normativa urbanística, pues en definitiva estamos ante una norma penal en blanco...»

En este sentido, sí considero que el delito urbanístico está configurado en forma de norma penal en blanco, pero no porque entre sus elementos lingüísticos encontremos las referencias precitadas. En este sentido, del mismo modo que ocurre con la cosa mueble en el delito de hurto, cuya conceptualización penal alcanza

contemplada en el apartado 2 del artículo 319 presenta un significado más restringido y se refiere más bien a la construcción de vivienda destinada al uso y disfrute humano».

También, por poner otro ejemplo real práctico, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 116/2014, de 21 de marzo, se absuelve al acusado que, antes de la reforma penal del año 2010, había construido una piscina y una terraza en suelo no urbanizable, con el argumento que, tal acción, no era incardinable en el término jurídico «edificación». En este contexto, según la Audiencia de Castellón: «...lo nuevo construido, es, valga la redundancia, una construcción, pero no es una edificación».

interpretaciones más generosas que la acotación de su término en el Código civil, la conceptualización de obras de urbanización, construcción o edificación puede llevarse a cabo sin sometimiento a eventuales límites gramaticales impuestos por las normas extrapenales, en especial, en estos escenarios, los determinados por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación y las distintas leyes urbanísticas autonómicas concurrentes.

Distinta posición albergo respecto de los elementos lingüísticos que expondré a continuación, los cuales considero que sí están sometidos a las vicisitudes de las normas extrapenales que los contemplan y, por ello, determinan la conceptualización del delito urbanístico como norma penal en blanco.

(iii) El concepto obras no autorizables

Cuando el tipo urbanístico exige la realización de unas obras de urbanización, construcción o edificación «no autorizables» se está remitiendo, necesariamente, a una norma extrapenal. En este sentido, considero que el concepto administrativo de, qué debe considerarse no autorizable, no queda, en ningún caso, a disposición del juez penal. Por ello, solamente se estará ante una consumación del tipo urbanístico cuando las obras levantadas sean no autorizables administrativamente.

Así, para poder determinar si se ha consumado el tipo penal deberá acudirse a revisar la norma extrapenal administrativa que completa el delito urbanístico, operación nada fácil atendiendo al número ingente de disposiciones y a la dispersión de éstas.

En este contexto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de señalar que «la expresión «no autorizable» no alude a la eventualidad de que en un futuro, más o menos incierto o lejano, pudiera modificarse la legalidad

urbanística. Esta interpretación nos lleva al absurdo: por vía de hipótesis y en abstracto toda calificación es susceptible de modificación por decisión del legislador o de la administración competente en materia urbanística. Ese elemento del tipo se refiere a la ilegalidad material de la edificación cuando se realiza, por no ajustarse a la ordenación. No basta que se haya levantado sin licencia; es necesario que sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento, lo que excluiría su autorización (no autorizable)¹⁸⁰».

En términos similares, en la Sentencia de la Audiencia Provincial Las Palmas 46/2015, de 26 de febrero, se señala que: «La expresión «autorizable» es un concepto jurídico indeterminado, que forma parte de una norma penal en blanco, y, en cuanto tal, ha de ser integrado en cada caso concreto acudiendo a la normativa urbanística y a los instrumentos de planeamiento urbanístico (planes generales, proyectos de delimitación del suelo urbano, normas subsidiarias de planeamiento y planes especiales) que resulten de aplicación. En definitiva, que la edificación sea «autorizable» supone que la obtención de la autorización deriva de la propia aplicación de la normativa urbanística o de los instrumentos de planeamiento vigentes a la edificación de que se trate en cada caso concreto o de la posibilidad de adecuación de la edificación a tales normas e instrumentos».

(iv) El concepto suelos destinados a viales, zonas verdes o bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural

Del mismo modo que lo analizado en el anterior punto (iii), el tipo agravado del delito urbanístico remite también a la norma extrapenal cuando señala los suelos objeto de protección penal. En este contexto, para poder conocer cuáles son los

¹⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 73/2018, de 13 de enero (Fundamento Jurídico segundo).

suelos destinados a viales, zonas verdes o bienes de dominio público o los lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, como es lógico, también deberemos buscar la normativa administrativa que decida tal cuestión.

(v) El concepto del suelo «no urbanizable»

En el apartado segundo del artículo 319 CP se dispone que el constructor, promotor o técnico director, que lleve a cabo obras no autorizables en «suelo no urbanizable» responderá como autor del delito urbanístico. Como puede observarse, el único elemento lingüístico del precepto que se diferencia, actualmente, del tipo agravado, es el referente a la definición del suelo protegido, en este caso: «suelo no urbanizable».

Pues bien, la interpretación de la conceptualización penal del significado suelo no urbanizable se remite a la cuestión de la clasificación administrativa del suelo. En este sentido, la clasificación del suelo es una competencia esencialmente de alcance municipal, y, por ello, susceptible de constante modificación. Esto es, cada nuevo grupo municipal que llegue a gobernar el consistorio respectivo puede proponer la pertinente modificación del planeamiento con el fin de reclasificar terrenos donde ampliar o construir nueva ciudad o, generar nuevos espacios de actividad económica¹⁸¹. Esta cuestión tiene una incidencia práctica muy importante, tal y como trataré en el siguiente apartado relativo a la problemática de la norma penal en blanco.

¹⁸¹ En el Capítulo quinto de esta obra (dedicado al principio de intervención mínima en el delito urbanístico) criticaré la punición del suelo no urbanizable en su concepción general, sin que se exija en aquel tipo de suelo algún valor de especial protección que justifique su tutela a través de la intervención penal.

Ahora bien, en relación al concepto penal suelo no urbanizable debemos plantearnos también las siguientes contingencias vinculadas a la aplicación, previa interpretación, del tipo penal urbanístico:

Hemos asegurado que la determinación final del suelo como clasificado no urbanizable lo establece el municipio por medio del plan general de ordenación o plan de ordenación urbanística municipal. Así, si se construye una edificación no autorizable, y se comprueba que el suelo está *formalmente* clasificado como no urbanizable, la subsunción lingüística del precepto penal sería posible. No obstante, el Ayuntamiento no puede decidir la clasificación de un determinado suelo como suelo no urbanizable si aquél lugar no disfruta de las características que la Ley urbanística le exige.

En este contexto, el artículo 148.3 de la Constitución española dispone que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materias de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda¹⁸². Estas facultades, según entendió el

¹⁸² De hecho, tal y como se ha estudiado al tratar cuestiones del Derecho administrativo vinculadas al delito urbanístico (Capítulo primero de esta obra) por medio de la STC 61/1997, se anuló, por razones estrictamente competenciales, más de doscientos artículos de la Ley del Suelo de 1992, señalando expresamente que la competencia en urbanismo y ordenación territorial era una competencia autonómica. En este sentido, el gran motivo que esgrime el Tribunal Constitucional para declarar la nulidad de gran parte del texto de la Ley de Urbanismo fue el argumento que el Estado había vulnerado la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo, ya que, en palabras del propio Tribunal: «el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades (en cuanto atribuidas a/o controladas por Entes públicos), tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación».

Tribunal Constitucional por medio de la STC 61/1997, son competencias atribuidas por la Constitución y los Estatutos de Autonomía en favor de las Comunidades Autónomas y, con ello, el Estado debe abstenerse de intervenir (ni siquiera regulando de forma supletoria) sobre las mismas, dejando residualmente para el Estado únicamente la competencia para fijar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de derechos y deberes de los propietarios del suelo.

Pues bien, la luz de tal interpretación constitucional, todas y cada una de las Comunidades Autónomas han asumido como propias en sus respectivos Estatutos de Autonomía la competencia exclusiva relativas a la legislación, gestión y ejecución del urbanismo, la ordenación territorial y, las políticas de vivienda. Asimismo, todas las comunidades autónomas han aprobado leyes urbanísticas autonómicas propias. Si de por si esta fragmentariedad normativa competencial no bastara para complicar el conocimiento y dominio del derecho urbanístico, resulta que del estudio de las normas urbanísticas autonómicas se detectan notables diferencias conceptuales entre los distintos elementos lingüísticos, normativos urbanísticos, utilizados en las normas autonómicas,

Esta terminología urbanística propia no solamente abunda en una indeseable inseguridad jurídica sino que, además, constituye un problema exegético no menor en el ámbito del Derecho penal, como es el de la conceptualización precisa del concepto suelo no urbanizable, el cual, depende del tipo de redacción utilizada en cada una de las normas autonómicas. A mayor abundamiento, hay un número significativo de normas urbanísticas autonómicas que desprecian el término «no urbanizable» y apuestan por otras posibilidades conceptuales, cuestión que finalmente se verá reflejada en la norma local de aplicación.

Por ejemplo, en la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears¹⁸³ el suelo se clasifica en urbano, urbanizable y rústico. Según el artículo 21 de esta Ley constituyen el «suelo rústico» los terrenos que el planeamiento urbanístico general preserve de los procesos de desarrollo o transformación urbanística, mediante su ordenación y la protección de los elementos de identidad que les caractericen en función de sus valores agrícolas, forestales, pecuarios, cinegéticos, naturales, paisajísticos o culturales, y su aportación a la defensa de la fauna, la flora y el mantenimiento del equilibrio territorial y ecológico. También constituyen suelo rústico los terrenos no clasificados expresamente como urbanos o urbanizables por el planeamiento urbanístico general. Según la intensidad de la protección, el planeamiento diferenciará en esta clase de suelo las calificaciones básicas de suelo rústico protegido y suelo rústico común».

También, en la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León se decide que en esa comunidad el suelo se clasificará en urbano, urbanizable y rústico¹⁸⁴, señalando expresamente en el artículo 15 que: «Se clasificarán como

¹⁸³ En cuya Exposición de Motivos puede leerse que: «La Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo (LOUS) estableció por primera vez una regulación general de la actividad urbanística en la comunidad autónoma de las Illes Balears. Por su finalidad codificadora de una normativa hasta entonces fragmentaria y dispersa, la ley mencionada dio un paso importante en la evolución de la legislación urbanística en nuestra comunidad. No obstante, dejó fuera de su ámbito la regulación del suelo rústico, lo que suponía la renuncia a una regulación unitaria de las tres clases de suelo, que debe ser un objetivo básico de toda ley urbanística. Por ello, la presente ley incorpora tanto el régimen urbanístico del suelo rústico, como los aspectos de planeamiento y gestión relativos a esta clase de suelo, sin entrar en los detalles, ahora previstos en leyes urbanísticas sectoriales, que son más propios del desarrollo reglamentario».

¹⁸⁴ Pero, incluso, en esta Ley autonómica se aprovecha (artículo 16) para establecer las distintas categorías posibles de suelo rústico, ya que cada una de ellas puede disfrutar de usos y autorizaciones singulares: «1. En el suelo rústico, el planeamiento general podrá distinguir las siguientes categorías, a fin de adecuar el régimen de protección a las características específicas de

suelo rústico los terrenos que no se clasifiquen como suelo urbano o urbanizable, y al menos los que deban preservarse de la urbanización, entendiendo como tales:

los terrenos: (a) Suelo rústico común, constituido por los terrenos que no se incluyan en ninguna de las otras categorías, conforme a los criterios señalados en los siguientes apartados. (b) Suelo rústico de entorno urbano, constituido por los terrenos contiguos al suelo urbano o urbanizable que el planeamiento estime necesario proteger para no comprometer su desarrollo futuro, para preservar el paisaje y las perspectivas tradicionales, para asegurar una transición armónica del medio urbano al natural o para favorecer actividades vinculadas al ocio compatibles con su naturaleza rústica. (c) Suelo rústico con asentamiento tradicional, constituido por los terrenos que el planeamiento estime necesario proteger para preservar formas tradicionales de ocupación humana del territorio. (d) Suelo rústico con protección agropecuaria, constituido por los terrenos que el planeamiento estime necesario proteger por su interés, calidad u otras características agrícolas o ganaderas. (e) Suelo rústico con protección de infraestructuras, constituido por los terrenos ocupados o a ocupar por infraestructuras y sus zonas de defensa no susceptibles de urbanización, conforme a las previsiones del planeamiento sectorial y urbanístico. (f) Suelo rústico con protección cultural, constituido por los terrenos ocupados por inmuebles declarados como Bien de Interés Cultural o catalogados por el planeamiento, o próximos a los mismos, así como por los terrenos que el planeamiento estime necesario proteger por sus valores culturales. (g) Suelo rústico con protección natural, constituido por los siguientes terrenos, salvo que estén en un entorno urbano: (i) Los ámbitos que deban ser objeto de especial protección conforme a la legislación sobre patrimonio natural. (ii) Las vías pecuarias, salvo que se autorice un trazado alternativo. (iii) Los terrenos definidos en la normativa de aguas como dominio público hidráulico, cauces de corrientes naturales continuas y discontinuas, lechos de lagos, lagunas, zonas húmedas y embalses superficiales, y zonas de servidumbre de las riberas. (iv) Los demás terrenos que se estime necesario proteger para preservar o regenerar el suelo, la fauna, la flora o las masas forestales, o porque deban ser objeto de restauración ambiental, o por cualesquiera otros valores naturales acreditados, presentes o pasados. (h) Suelo rústico con protección especial, constituido por los terrenos amenazados por riesgos naturales o tecnológicos incompatibles con su urbanización, así como por los terrenos que el planeamiento estime necesario proteger por cualesquiera otras razones justificadas. (i) Suelo rústico de actividades extractivas, constituido por los terrenos que el planeamiento estime necesario reservar para tal finalidad. (j) Suelo rústico de asentamiento irregular, constituido por los terrenos parcelados u ocupados por edificaciones mediante procesos ajenos al marco normativo vigente en su momento».

(a) Los terrenos sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su urbanización, conforme a la legislación de ordenación del territorio o a la normativa sectorial. (b) Los terrenos que presenten manifiestos valores naturales, culturales o productivos, entendiéndose incluidos los ecológicos, ambientales, paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, educativos, recreativos u otros que justifiquen la necesidad de protección o de limitaciones de aprovechamiento, así como los terrenos que, habiendo presentado dichos valores en el pasado, deban protegerse para facilitar su recuperación. (c) Los terrenos amenazados por riesgos naturales o tecnológicos incompatibles con su urbanización, tales como inundación, erosión, hundimiento, incendio, contaminación o cualquier otro tipo de perturbación del medio ambiente o de la seguridad y salud públicas. (d) Los terrenos inadecuados para su urbanización, conforme a los criterios señalados en esta Ley, y los que se determinen reglamentariamente».

De igual modo, no cuenta con el concepto no urbanizable, el 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 señala, en cuyo artículo 44 se señala que: «Únicamente el planeamiento puede clasificar el suelo. La totalidad del suelo del correspondiente término municipal deberá clasificarse en alguna de las clases de urbano, urbanizable y rústico, salvo en los Municipios exentos del deber de formulación de Plan de Ordenación Municipal. En estos últimos el suelo se clasificará mediante el Plan de Delimitación de Suelo Urbano en suelo urbano y rústico».

Del mismo modo, en el artículo 31 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia, se utiliza el concepto suelo rústico¹⁸⁵, señalándose que: «Tendrán

¹⁸⁵ A mayor abundamiento, en el segundo apartado del artículo 31 se señala que «dentro del suelo rústico se distinguirá el suelo rústico de protección ordinaria y el suelo rústico de especial protección».

la condición de suelo rústico: (a) Los terrenos sometidos a algún régimen de especial protección, de conformidad con la legislación sectorial de protección del dominio público marítimo-terrestre, hidráulico o de infraestructuras, o con la legislación sectorial de protección de los valores agrícolas, ganaderos, forestales, paisajísticos, ambientales, naturales o culturales. (b) Los amenazados por riesgos naturales o tecnológicos, incompatibles con su urbanización, tales como inundación, erosión, hundimiento, incendio, contaminación o cualquier otro tipo de catástrofes, o que perturben el medio ambiente o la seguridad y salud. (c) Los terrenos que el plan general o los instrumentos de ordenación del territorio no consideren adecuados para el desarrollo urbanístico, en consideración a los principios de utilización racional de los recursos naturales o de desarrollo sostenible».

También utiliza la categorización suelo rústico la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de las Islas Canarias, en cuyo artículo se señala que: «1. El suelo rústico (SR) está integrado por los terrenos que el planeamiento adscriba a esta clase de suelo por concurrir en ellos alguna de las siguientes características: (a) Estar excluidos de transformación por la legislación de protección o policía de los bienes de dominio público natural. (b) Estar sujetos a algún régimen de protección en virtud de la legislación específica, en especial la relativa a medioambiente, paisaje, montes, actividades agropecuarias y similares, espacios naturales protegidos, fauna y flora y patrimonio histórico de Canarias, incluyendo la sujeción a los instrumentos de ordenación que articule esa normativa. (c) Ser merecedores de protección para el mantenimiento de sus características por razón de valores de carácter natural, paisajístico, cultural, científico, histórico, arqueológico o, en general, ambiental. (d) Ser procedente su preservación por tener valor agrícola, ganadero, forestal, cinegético, minero o por contar con riquezas naturales. (e) Ser necesaria su protección por riesgos ciertos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación, erosión, desprendimientos, corrimientos o fenómenos análogos que comporten sus características geotécnicas o morfológicas. 2. Igualmente, el planeamiento clasificará como suelo rústico los terrenos que sean

conformes con los siguientes criterios: (a) Ser pertinente el mantenimiento de sus características naturales para la protección de la integridad y funcionalidad de infraestructuras, equipamientos e instalaciones públicos o de interés público. (b) Resultar inadecuados para servir de soporte a aprovechamientos urbanos, por los costes desproporcionados que requeriría su transformación. (c) Ser necesaria su preservación del proceso urbanizador para la salvaguarda del ecosistema insular, a fin de evitar la superación de su capacidad de sustentación del desarrollo urbanístico. (d) Ser pertinente la preservación de los terrenos del proceso urbanizador para el mantenimiento del modelo territorial, así como de peculiaridades esenciales o específicas como el valor del medio rural no ocupado o determinadas formas tradicionales de poblamiento. 3. En todo caso, son rústicos aquellos suelos que por sus valores o por el modelo territorial se considere que deban ser excluidos del proceso urbanizador, en particular como reserva de suelo para atender futuras necesidades. 4. Con carácter específico, cuando la zona de influencia del dominio público marítimo-terrestre no se encuentre clasificada como suelo urbano, urbanizable o asentamiento, ni esté ocupada por infraestructuras viarias, portuarias o aeroportuarias de interés insular o autonómico, los terrenos incluidos en la misma se mantendrán como rústicos, salvo disposición en contrario de un instrumento de ordenación territorial. 5. Por razones de continuidad y homogeneidad territorial de la trama urbana ya consolidada o del sector en el que se inserten, los terrenos ubicados en laderas de barrancos que reúnan las características señaladas en los apartados anteriores podrán clasificarse por el planeamiento como urbanos o urbanizables siempre que se respete su régimen hidrológico y demás normativa sectorial de aplicación. 6. Con carácter general, cualquier terreno no clasificado como urbano o urbanizable será suelo rústico».

Sí utiliza el concepto no urbanizable, pero con vinculación al concepto «medio rural», cuya competencia estructural pesa sobre los municipios (y por tanto complica la conceptualización normativa del mismo), la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, en

cuya Exposición de Motivos se señala que: «Los usos y actividades que, de manera excepcional, se pueden ubicar en el suelo no urbanizable deberán adecuarse al carácter rural del mismo». Asimismo, se apunta en el artículo 28 que: «El plan general estructural clasificará como suelo no urbanizable los terrenos que zonifique como zonas rurales, según esta ley».

También, por ejemplo, el artículo 32 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña señala que: «Constituyen el suelo no urbanizable: (a) Los terrenos que el plan de ordenación urbanística municipal debe clasificar como no urbanizables por razón de los factores siguientes, entre otros: Primero. Un régimen especial de protección aplicado por la legislación sectorial y por el planeamiento territorial que exija esta clasificación como consecuencia de la necesidad o la conveniencia de evitar la transformación de los terrenos para proteger el interés conector, natural, agrario, paisajístico, forestal o de otro tipo. Segundo. Las determinaciones de los planes directores, de acuerdo con lo que establece el artículo 56. Tercero. La sujeción de los terrenos a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público. (b) Los terrenos que el plan de ordenación urbanística municipal considera necesario clasificar como suelo no urbanizable por razón de: Primero. La concurrencia de los valores considerados por la legislación aplicable en materia de suelo. Segundo. El objetivo de garantizar la utilización racional del territorio y la calidad de vida, de acuerdo con el modelo de desarrollo urbanístico sostenible definido por el artículo 3, y también la concurrencia de otros criterios objetivos establecidos por el planeamiento territorial o urbanístico. Tercero. El valor agrícola de los terrenos incluidos en indicaciones geográficas protegidas o denominaciones de origen. (c) Los terrenos reservados para sistemas urbanísticos generales no incluidos en suelo urbano ni en suelo urbanizable».

Otro ejemplo, el artículo 16 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid señala que: «Tendrán la condición de suelo no urbanizable

de protección los terrenos en que concurren alguna de las circunstancias siguientes: (a) Que deban incluirse en esta clase de suelo por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con el planeamiento regional territorial o la legislación sectorial, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público. (b) Que el planeamiento regional territorial y el planeamiento urbanístico consideren necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por sus valores agrícolas, forestales, ganaderos o por sus riquezas naturales.

También utiliza el concepto suelo no urbanizable la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, en cuyo artículo 10 se señala que: Se entiende por clasificación del suelo la vinculación por la ordenación urbanística estructural de superficies concretas al régimen legal propio de las siguientes clases: urbano, urbanizable y no urbanizable¹⁸⁶.

¹⁸⁶ En cuanto a qué es suelo no urbanizable, el artículo 13 de la misma Ley señala que: «1. La clasificación como suelo no urbanizable se efectuará aplicando los siguientes criterios: (a) Imprudencia de la transformación urbanística de los terrenos. (b) Inadecuación de los terrenos para el desarrollo urbano. 2. Es improcedente la transformación urbanística de los terrenos en los siguientes supuestos: (a) Cuando estén sometidos a un régimen específico de protección en virtud de cualquier instrumento de ordenación del territorio, o por efecto directo de la aplicación de la legislación sectorial, o en razón de que la ordenación urbanística les otorgue tal calificación por su valor agrícola, forestal o ganadero, por las posibilidades de explotación de sus recursos naturales o por sus valores paisajísticos, históricos y culturales, para la defensa de la fauna, la flora o el equilibrio ecológico. (b) Cuando estén sujetos por la legislación sectorial a la prohibición de transformación urbanística para la protección o la policía de elementos de dominio público. (c) Cuando la transformación urbanística provoque o no elimine riesgos ciertos de erosión, desprendimientos, corrimientos, incendios, inundaciones u otros riesgos naturales o tecnológicos relevantes, en especial de catástrofe. (d) Cuando resulte necesario el mantenimiento de sus características para la

En la comunidad foral de Navarra, el artículo 92 de su Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Foral de ordenación del territorio y urbanismo, señala que: «1. Tendrán la condición de suelo no urbanizable, a los efectos de esta ley foral, los terrenos en que concurra alguna de las circunstancias siguientes: (a) Que, de acuerdo con la legislación sectorial, estén sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación por sus valores paisajísticos, naturales, ambientales o agrícolas, o por sus valores históricos, artísticos, científicos o culturales. (b) Que estén excluidos del proceso urbanizador por los instrumentos de ordenación territorial en razón al modelo de desarrollo territorial, a sus valores paisajísticos, naturales, ambientales o agrícolas, o a sus valores históricos, artísticos, científicos o culturales. (c) Que estén amenazados por riesgos naturales o de otro tipo que sean incompatibles con su urbanización, tales como inundación, erosión, hundimiento, desprendimiento, corrimiento, incendio, contaminación o cualquier otro tipo de perturbación de la seguridad y salud públicas o del ambiente natural. También podrán incluirse los terrenos que habiendo tenido en el pasado los valores a que se refiere las letras a) y b), los hayan perdido por incendios, devastaciones u otras circunstancias y deban ser protegidos para facilitar su recuperación. (d) Que el planeamiento municipal justificadamente considere necesario garantizar el mantenimiento de sus características, por sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, culturales, ambientales, o por su valor agrícola, ganadero o forestal. (e) Que el planea-

protección de la integridad de infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos públicos o de interés público. 3. Son inadecuados para el desarrollo urbano los terrenos en que concurren: (a) Características que hagan necesario o conveniente el mantenimiento de su carácter rural para garantizar el respeto a la estrategia local de sostenibilidad del modelo de desarrollo urbanístico. (b) Especiales exigencias de fomento del sector económico primario local, especialmente en aquellos municipios donde existan reconocidas indicaciones geográficas o denominaciones de origen que justifiquen su vinculación al sector primario».

miento municipal justificadamente considere necesario preservar del desarrollo urbanístico por razones de conservación, capacidad y funcionalidad de infraestructuras, equipamientos, servicios e instalaciones públicas o de interés público, o para la instalación de actividades especiales, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente».

De igual modo, en el artículo 11 del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón se señala que: «Corresponde al plan general la clasificación de todo el suelo del término municipal, incluido el destinado a sistemas generales, en las siguientes clases y categorías: (a) Suelo urbano, consolidado o no consolidado. (b) Suelo urbanizable, delimitado o no delimitado. (c) Suelo no urbanizable, especial o genérico». Y, en su artículo 16 se señala que: «Tendrán la condición de suelo no urbanizable los terrenos clasificados como tales por el planeamiento por concurrir alguna de las circunstancias siguientes: (a) El suelo preservado de su transformación urbanística por la legislación de protección o policía del dominio público, de protección medioambiental, de patrimonio cultural o cualquier otra legislación sectorial, así como los terrenos que deban quedar sujetos a tal protección conforme a los instrumentos de planificación territorial. (b) Los terrenos que no resulten susceptibles de transformación urbanística por la peligrosidad para la seguridad de las personas y los bienes motivada por la existencia de riesgos de cualquier índole. (c) Los terrenos preservados de su transformación urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos. (d) Todos los que el plan general, de forma motivada, no considere transformables en urbanos de acuerdo con el modelo de evolución urbana fijado. 2. En el suelo no urbanizable se distinguirán las categorías de suelo no urbanizable genérico y suelo no urbanizable especial».

Asimismo, en el artículo 112 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en

materia de ordenación del territorio y urbanismo del principado de Asturias, se señala que: «Los Planes Generales de Ordenación clasificarán el suelo de los concejos en todos o algunos de los siguientes tipos: suelo urbano, urbanizable y no urbanizable». Y, en su artículo 115 se asegura que: «1. Constituirán suelo no urbanizable: (a) Los terrenos que estén o deban estar sometidos a algún régimen especial de protección, fijado en planes o normas sectoriales, o en el planeamiento territorial, que sea incompatible con su transformación urbanística. Esa protección podrá derivarse, entre otras posibilidades, de los valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales de los citados terrenos, de los riesgos naturales que en ellos concurren, de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público. (b) Los terrenos que el planeamiento urbanístico general considere necesario preservar, por los valores y demás circunstancias a que se ha hecho referencia en la letra a) anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero, o por sus riquezas naturales. 2. Constituyen suelo no urbanizable de ocupación residencial los núcleos rurales integrados por los terrenos que constituyan asentamientos consolidados de población de carácter rural y tradicional, en los términos que señale el Plan General de Ordenación. Se incluirán en esta categoría los asentamientos de población que, pese a contar, eventualmente, con servicios de acceso rodado, abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía eléctrica para sus necesidades propias como tales asentamientos rurales, no estén integrados en una malla urbana.

En el artículo 83 de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia, se señala que: «Constituirán el suelo no urbanizable los terrenos que el planeamiento general así clasifique en alguna de las siguientes categorías: (a) Suelo no urbanizable de protección específica. Aquel que debe preservarse del proceso urbanizador, por estar sujeto a algún régimen específico de protección incompatible con su transformación urbanística, de conformidad con los instrumentos de ordenación territorial, de ordenación de recursos naturales y la legislación sectorial específica, en razón de sus valores paisajísticos,

históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, para la prevención de riesgos naturales o tecnológicos acreditados, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público. (b) Suelo no urbanizable protegido por el planeamiento. Justificado por sus valores de carácter agrícola, incluso las huertas tradicionales, forestal, ganadero, minero, paisajístico o por otras riquezas naturales, así como aquellos que se reserven para la implantación de infraestructuras o servicios públicos. (c) Suelo no urbanizable inadecuado para su transformación urbanística. Justificado como tal por imperativo del principio de utilización racional de los recursos naturales o por la necesidad de garantizar un desarrollo sostenible del territorio, de acuerdo con el modelo de desarrollo urbano y territorial definido por el planeamiento. Se incluirán en esta categoría los terrenos que no resulten necesarios o idóneos para su transformación urbanística».

Finalmente, en el artículo 46 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, se determina que: «1. Pertenecen al suelo no urbanizable los terrenos que el Plan General de Ordenación Urbanística adscriba a esta clase de suelo por: (a) Tener la condición de bienes de dominio público natural o estar sujetos a limitaciones o servidumbres, por razón de éstos, cuyo régimen jurídico demande, para su integridad y efectividad, la preservación de sus características. (b) Estar sujetos a algún régimen de protección por la correspondiente legislación administrativa, incluidas las limitaciones y servidumbres así como las declaraciones formales o medidas administrativas que, de conformidad con dicha legislación, estén dirigidas a la preservación de la naturaleza, la flora y la fauna, del patrimonio histórico o cultural o del medio ambiente en general. (c) Ser merecedores de algún régimen especial de protección o garante del mantenimiento de sus características, otorgado por el propio Plan General de Ordenación Urbanística, por razón de los valores e intereses en ellos concurrentes de carácter territorial, natural, ambiental, paisajístico o histórico. (d) Entenderse necesario para la protección del litoral. (e) Ser objeto por los Planes de Ordenación del Territorio de previsiones y determinaciones que impliquen su exclusión del proceso urbanizador

o que establezcan criterios de ordenación de usos, de protección o mejora del paisaje y del patrimonio histórico y cultural, y de utilización racional de los recursos naturales en general, incompatibles con cualquier clasificación distinta a la de suelo no urbanizable. (f) Considerarse necesaria la preservación de su carácter rural, atendidas las características del municipio, por razón de su valor, actual o potencial, agrícola, ganadero, forestal, cinegético o análogo. (g) Constituir el soporte físico de asentamientos rurales diseminados, vinculados en su origen al medio rural, cuyas características, atendidas las del municipio, proceda preservar. (h) Ser necesario el mantenimiento de sus características para la protección de la integridad y funcionalidad de infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos públicos o de interés público. (i) Presentar riesgos ciertos de erosión, desprendimientos, corrimientos, inundaciones u otros riesgos naturales. (j) Proceder la preservación de su carácter no urbanizable por la existencia de actividades y usos generadores de riesgos de accidentes mayores o que medioambientalmente o por razones de salud pública sean incompatibles con los usos a los que otorga soporte la urbanización. (k) Ser improcedente su transformación teniendo en cuenta razones de sostenibilidad, racionalidad y las condiciones estructurales del municipio. 2. De conformidad y en aplicación de los criterios que se establezcan reglamentariamente, el Plan General de Ordenación Urbanística podrá establecer, dentro de esta clase de suelo, todas o algunas de las categorías siguientes: (a) Suelo no urbanizable de especial protección por legislación específica, que incluirá en todo caso los terrenos clasificados en aplicación de los criterios de las letras (a) y (b) del apartado anterior, e (i) cuando tales riesgos queden acreditados en el planeamiento sectorial. (b) Suelo no urbanizable de especial protección por la planificación territorial o urbanística, que incluirá al menos los terrenos clasificados en aplicación de los criterios de las letras (c), (d) y (e) del apartado anterior. (c) Suelo no urbanizable de carácter natural o rural. (d) Suelo no urbanizable del Hábitat Rural Diseminado, que incluirá aquellos suelos que cuenten con las características que se señalan en la letra g) del apartado anterior».

En definitiva, como se observa, resolver una definición unívoca del concepto «suelo no urbanizable» que facilite la subsunción penal del término, es una tarea de notable dificultad.

De entrada, parece razonable que los Tribunales penales acepten como válido, vía interpretación extensiva del tipo urbanístico, el concepto administrativo suelo rústico o suelo rural como elemento integrante de la tipicidad, cuando así sea señalado en los planes urbanísticos municipales. Repugnaría al sentido común la eventual absolución penal, por falta de tipicidad, en base a que las obras de edificación ilegales se levantaron en suelo rústico y no en suelo no urbanizable, si en aquella comunidad autónoma se utilizara tal definición¹⁸⁷.

A mayor abundamiento, resulta que la jurisdicción contencioso-administrativa ha venido permitiendo la «valoración» judicial del concepto suelo «no urbanizable». Así, en ocasiones, los Tribunales de la jurisdicción contenciosa han fallado que un determinado suelo, clasificado formalmente en el plan urbanístico municipal

¹⁸⁷ Es más, incluso, en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Estatal de Suelo y Rehabilitación Urbana, no se encuentra el término «suelo no urbanizable» eligiéndose en su lugar el concepto «suelo rural» respecto del cual, el artículo 21.2 asegura que: «se encuentra en la situación de suelo rural: (a) En todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística. (b) El suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización, y cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el apartado siguiente».

como «suelo no urbanizable», debía considerarse judicialmente como «suelo urbano» ya que, aquél, estaba fácticamente urbanizado.

Por todo ello parece razonable cuestionar si el concepto «suelo no urbanizable» constituye un elemento lingüístico normativo cuya realización exige simplemente *la constatación formal* de la clasificación urbanística del lugar, o bien, ese concepto constituye un elemento normativo *valorativo* respecto del cual el juez penal tiene cierto margen de disposición interpretativa. En definitiva, la pregunta que debe resolverse es la siguiente: ¿la construcción de una edificación no autorizable en suelo clasificado administrativamente como no urbanizable, el cual, no obstante, cuenta con todos los elementos factuales reglamentarios para poderlo considerar urbanizado (suelo pavimentado, con electricidad, con canalizaciones, etc.), colma el tipo penal del artículo 319.2 CP?

A la luz del bien jurídico propuesto en esta obra el «valor constitucional de una ordenación, inteligente y racional, del uso del suelo en cuanto recurso natural limitado y atendiendo a su función social¹⁸⁸», considero que si la administración permitió o toleró, a lo largo de los años, dolosamente o culposamente, la consumación y consolidación de la urbanización ilegal en cuestión, la construcción ilegal de una edificación adicional levantada en ese lugar (siempre que el suelo no estuviera especialmente protegido) no lesionaría el interés tutelado por el delito urbanístico. Deberían valorarse, no obstante, las eventuales responsabilidades (incluso penales: prevaricación urbanística, cohecho,...) de los funcionarios públicos que facilitaron esa urbanización ilegal. Ahora bien, como es evidente, si la urbanización

¹⁸⁸ Las cuestiones del bien jurídico protegido del delito urbanístico serán desarrolladas en el Capítulo cuarto de este estudio.

ejecutada es el mismo objeto del delito enjuiciado, no cabrá otra posibilidad que la condena penal¹⁸⁹.

Asimismo, un defecto que no podemos dejar de criticar del tipo básico del delito urbanístico es que en aquél se utiliza la referencia al suelo no urbanizable *en general*, sin reforzar tal clasificación con la referencia, por ejemplo, «que haya sido declarado de especial protección». Debe recordarse que, en algunas Comunidades autónomas el suelo no urbanizable podrá serlo sin atención a ningún tipo de valor reforzado o especial protección. Esto permitiría que las obras levantadas en algún tipo de suelo no urbanizable común o general (tipología clasificatoria que no todas las comunidades autónomas permiten en sus ordenamientos) sería típica penalmente. Pues bien, esta posibilidad lesiona el principio de igualdad ante la Ley y el principio de mínima intervención penal, y, por ello, aviso al lector que seguiré con esta crítica en las páginas del Capítulo cuarto de esta obra.

(B) Problemas prácticos dimanantes de la técnica de la Ley penal en blanco en el delito urbanístico

Puede afirmarse que todos los preceptos que dan forma a los delitos del Código penal disponen de un supuesto de hecho y contemplan una consecuencia jurídica. En ocasiones, parte del supuesto fáctico se completa mediante remisión a una norma extrapenal, cuya infracción constituirá un presupuesto de tipicidad. Pues bien, cuando acontece tal estructura del tipo se estará ante una norma penal en blanco.

¹⁸⁹ Considero que este problema también trae causa de la deficiente redacción del tipo penal *básico* del delito urbanístico, el cual, tal y como criticaré con más detenimiento en el Capítulo quinto de este estudio, con la tipicidad actual se configura como un delito de mera desobediencia, o delito formalizado, sin contar con un sustrato de antijuricidad material propio.

En este contexto, el tipo penal que describe el delito urbanístico presenta una estructura de ley penal en blanco; «esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadamente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta»¹⁹⁰. Esta conclusión del delito como norma penal en blanco (mantenida también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la mayoría de la doctrina científico-penal¹⁹¹) está sostenida en el carácter jurídico de alguno de los elementos del delito urbanístico.

No así, por ejemplo CUESTA AGUADO, autora que niega la conceptualización del delito urbanístico como norma penal en blanco y defiende que: «El art. 319 CP contiene una remisión de carácter material y no expresa que se efectúa por vía interpretativa de un elemento normativo del tipo (autorizable) que requiere acudir al Derecho administrativo (en su conjunto y no solo a la norma de planeamiento) para fijar su significado en el caso concreto. El término autorizable es un elemento

¹⁹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 127/1990, de 5 de julio (Fundamento Jurídico tercero).

¹⁹¹ De hecho, incluso, algunos autores como ACALE SÁNCHEZ defienden la «necesaria» configuración del delito urbanístico como norma penal en blanco con el fin de asegurar la coherencia del ordenamiento punitivo del Estado, la relación del Derecho penal como último recurso, necesario únicamente cuando falle el recurso del Derecho administrativo sancionador: «la decisión en torno a la inclusión de los delitos examinados dentro del Código penal tiene su coste: necesariamente, han de construirse como normas penales en blanco o parcialmente en blanco, incorporando como elementos típicos los definidos y actuados en el ámbito de las normas urbanísticas; técnica que inevitablemente provoca como efecto una serie de dificultades interpretativas que, de haberse definido todos los elementos típicos en el interior del Código, no se hubieran producido»: ACALE SÁNCHEZ, M, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, 1ª edición, Barcelona, Bosch, 2011, p. 149. En términos muy similares, también se expresa DE LA MATA BARRANCO, N.J., *Protección penal del medio ambiente y accesoriadad administrativa*, Barcelona, Cedecs, 1996.

normativo del tipo porque exige un juicio de valoración jurídica del Juez basado en argumentos (o criterios) jurídicos (interpretación integradora). Pero no se trata de una ley penal en blanco por cuanto que el art. 319 CP ni realiza una cesión *in toto* al Ordenamiento administrativo, ni exige que el juez acuda a una concreta (o concretas) normas extrapenales para delimitar el supuesto de hecho¹⁹²».

No comparto tal negación. En este sentido, quizá podría discutirse (tal y como se ha apuntado unas páginas más arriba) si el concepto «suelo no urbanizable» constituye un elemento lingüístico cuya comprobación penal permite un margen de interpretación judicial y, por tanto, no formar parte de las normas penales en blanco. En este contexto, no debe esconderse que la jurisdicción contencioso-administrativa, en procedimientos de valoraciones de justiprecios en expropiaciones forzosas, ha venido reconociendo la condición de «suelo urbano» a aquél suelo que, incluso estando clasificado formalmente en el plan urbanístico como suelo «no urbanizable», su realidad fáctica obligaba a reconocerlo urbanizado. Por ejemplo, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, 1159/2017, de 30 de junio, se señala que: «...el motivo por el que se desestima el recurso no viene determinado por la clasificación formal del suelo en el PGOU/1978, sino porque la realidad física del terreno -cuestión fáctica, cuya apreciación compete al órgano de instancia- se corresponde con la de suelo en situación de urbanizado».

Ahora bien, en tipo penal urbanístico no cabe margen de interpretación judicial respecto a la realidad, o no, del elemento lingüístico, normativo administrativo, «obras no autorizables». En este sentido, el tipo penal exige que el juez penal

¹⁹² CUESTA AGUADO M^a «La aplicación retroactiva de la norma de planeamiento urbanístico en el art. 319 CP» en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3^a Época, n^o6, UNED, 2011, pag 38 y 39.

acuda al contenido explícito de la norma administrativa, no para valorar la interpretación de los conceptos normativos, sino, para comprobar si éstos se han consumado a la luz de los hechos probados y en base a la norma urbanística vigente.

Es decir, actualmente, la «no autorización» de unas obras de construcción o edificación no es un concepto interpretable judicialmente, aquél es un elemento administrativo objetivo y, por tanto, su valoración no queda en manos del juez penal. En definitiva, solamente tendrán la consideración de «no autorizables penalmente» aquellas obras de construcción «no autorizables administrativamente». Por ende, la subsunción del hecho en el tipo exigirá, inescindiblemente, acudir al plan urbanístico municipal para comprobar (insisto, no valorar o interpretar) si las construcciones levantadas son contrarias a la disposiciones reglamentarias extrapenales.

Por todo ello, y siguiendo doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, debemos valorar cómo se proyecta la garantía material de taxatividad sobre las normas penales en blanco, para después proceder al análisis del caso concreto del tipo urbanístico.

Así, según ha resuelto el Tribunal constitucional, los postulados contenidos en el principio de legalidad penal son conciliables con la utilización por el legislador de dicha técnica legislativa, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos: (i) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; y, (ii) que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición. Por ello, el Tribunal Constitucional ha exigido que se dé en la redacción del supuesto fáctico 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 de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente sancionada¹⁹³. De igual modo, el Tribunal Constitucional ha afirmado que no existe una reserva de ley orgánica para el complemento de las leyes penales en blanco¹⁹⁴. Así, reiteradamente, el Tribunal Constitucional ha señalado que la reserva de ley que rige para las disposiciones penales (y administrativas) no excluye la posibilidad de que éstas contengan remisiones a los Reglamentos administrativos¹⁹⁵.

En este sentido, y en coherencia con lo señalado en las páginas anteriores, considero que el delito urbanístico tiene forma de norma penal en blanco. De hecho, claramente, el supuesto de hecho del tipo agravado del delito urbanístico debe completarse, con plena sujeción al contenido de la norma extrapenal, en qué suelos están destinados a viales, zonas verdes o bienes de dominio público o, qué lugares tiene reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural. Del mismo modo, y respecto al tipo básico del delito urbanístico, el intérprete hallará el complemento del supuesto de hecho en las normas administrativas urbanísticas que clasifiquen el «suelo no urbanizable». A mayor abundamiento, y como elemento absolutamente esencial del delito urbanístico, tanto para el tipo básico como para el tipo agravado, antes de decidir la plena tipicidad de la acción enjuiciada, deberá examinarse la norma administrativa vinculada que determine, en su caso,

¹⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional 127/1990, de 5 de julio (Fundamento Jurídico tercero).

¹⁹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2004, de 24 de febrero (Fundamento Jurídico séptimo).

¹⁹⁵ Por ejemplo, Sentencia del Tribunal Constitucional 113/2002, de 9 de mayo (Fundamento Jurídico quinto); Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2005, de 14 de febrero (Fundamento Jurídico tercero); o, entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2004, de 26 de febrero (Fundamento Jurídico decimoprimer).

la «no autorización» administrativa de las obras de urbanización, construcción o edificación ejecutadas.

Pues bien, el problema que se plantea (contingencia por otra parte común en la temática de las leyes penales en blanco) es el de la modificación del texto normativo extra-penal que completa el delito en cuestión y su juego con los dispuesto en el artículo 2.2 del Código penal¹⁹⁶.

En concreto deberíamos plantearnos las siguientes preguntas: ¿debe aplicarse retroactivamente, al hecho ya cometido, la recalificación sobrevenida de unas obras no autorizables en autorizables? O, ¿puede aplicarse retroactivamente, al hecho ya cometido, la reclasificación sobrevenida del suelo no urbanizable a suelo urbano o urbanizable? Pues bien, al respecto contamos con resoluciones judiciales y posiciones doctrinales contradictorias.

Por ejemplo, se ha pronunciado a favor del efecto retroactivo de la eventual modificación de la norma extra-penal administrativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 46/2015, de 26 de febrero, en la cual puede leerse que: «consideramos que para aplicar el delito tipificado en el artículo 319.2 del Código penal y para apreciar la concurrencia de sus elementos, se ha de estar al momento de consumación de la infracción penal (determinado por la fecha de ejecución de la edificación), o, en su caso, al momento de enjuiciamiento de los hechos. Esto último ocurrirá en los supuestos en los que, desde la fecha de comisión del delito hasta la de su enjuiciamiento, se hayan producido modificaciones de la normativa

¹⁹⁶ Artículo 2.2 CP: «No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario».

urbanística o de los instrumentos de planeamiento que incidan en aquellos elementos del tipo que, por formar parte de normas penales en blanco o contener conceptos jurídicos indeterminados, han de ser integrados acudiendo a dicha normativa e instrumentos de planeamiento, siendo preciso, además, que las modificaciones en cuestión favorezcan al reo, provocando que una edificación no autorizable pase a ser autorizable o que un suelo no urbanizable se convierta en suelo urbano, pues, precisamente, ese carácter de norma penal en blanco justifica que una norma posterior, en cuanto favorecedora al reo, se aplique retroactivamente.»

También, en términos similares se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 149/2015, de 22 de mayo¹⁹⁷, en la cual se defiende que: «En cuanto a la condición de suelo no urbanizable común de uso residencial y eventual legalización posible de las obras, debemos recordar que, como señalábamos en nuestra Sentencia 33/2013, de 7 de enero, desde el punto de vista jurídico-penal constituye delito aquello que a la fecha de los hechos tiene tal condición, salvo que posteriormente entre en vigor una norma penal más beneficiosa, en cuyo caso será ésta de aplicación (salvo que se hubiera ejecutado ya la sentencia dictada con arreglo a la legislación anterior) por imperativo del principio de retroactividad de la ley penal más favorable (artículo 9.3 Constitución española)».

En el otro extremo interpretativo, negando toda posibilidad de efectos retroactivos favorables, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 402/2013, de 11 de septiembre, se defiende que «la aplicación retroactiva de las normas favorables al reo se refiere exclusivamente a las normas penales, y no a las normas de otra naturaleza que complementan un precepto penal en blanco,

¹⁹⁷ Con cita expresa del contenido de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 29 de enero de 2014.

normas respecto de las que siempre ha de estarse a la vigente en el momento en que se consuma el delito».

Pues bien, no comparto, al menos no plenamente, ninguna de las anteriores posiciones doctrinales. En este sentido, entiendo que cuando se modifica la normativa administrativa que determina las condiciones de las autorizaciones urbanísticas no se está modificando (necesariamente) los juicios de antijuricidad que justifican (y legitiman) el delito urbanístico. Exactamente lo mismo puede decirse desde el prisma de la reclasificación del suelo. Cuando se decide la reclasificación del suelo, simplemente se produce un cambio físico del lugar de protección urbanística penal, pero no acontece un cambio del juicio de reprochabilidad penal de la acción típica. La acción antijurídica es la misma: construir una obra no autorizable en suelo no urbanizable o, en suelo protegido, sigue estando penalmente perseguido.

A mayor abundamiento, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha afirmado que el principio de retroactividad de las normas que completan las leyes penales en blanco, en cuanto resulten favorables al reo, tiene muchas matizaciones. En este sentido, nuestro alto Tribunal señala categóricamente que «solo cuando esa nueva norma extrapenal suponga una valoración distinta de la conducta sancionada será predicable esa aplicación a hechos anteriores. En muchas ocasiones las modificaciones legislativas no implican una nueva valoración jurídica de los hechos por parte del legislador (razón última de la aplicación retroactiva de la legislación extrapenal), sino puros cambios fácticos que afectan al supuesto de hecho regulado. Entonces, como se ha dicho, pese al cambio normativo producido, continúa cumpliendo perfectamente sus fines preventivos la sanción penal impuesta a un individuo que, en un momento en que determinados bienes jurídicos se hallaban especialmente expuestos al riesgo realizó una conducta de puesta en peligro relevante de los mismos

que todavía hoy se pretende evitar. El comportamiento realizado en un momento anterior continúa estando desvalorado¹⁹⁸».

En definitiva, entiendo que la forma correcta de trabajar el problema de la retroactividad penal en el delito urbanístico pasa por analizar si el cambio de planeamiento urbanístico comporta, a su vez, una modificación en el juicio de antijuricidad que justifica el delito urbanístico. Así, si la modificación de la norma extrapenal no comporta cambio alguno en el juicio de desvalor, mediante el cual se pueda valorar correctamente, de forma retroactiva, la conducta realizada antes de la reforma del plan urbanístico (cuya carga probatoria caerá sobre el acusado), no cabrá plantearse la atipicidad sobrevenida del delito urbanístico cometido.

(C) El Principio del «non bis in idem» en el delito urbanístico

Según el principio del non bis in ídem no cabe sancionarse más de una vez una misma conducta si estamos ante la presencia de la triple identidad, a saber: (i) identidad de hecho; (ii) identidad de sujeto; y, (iii) identidad de fundamento jurídico. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional afirma que el

¹⁹⁸ Auto del Tribunal Supremo, de 10 de septiembre de 2014, en cuyo Razonamiento jurídico tercero puede leerse, además, que: «Esto sucede frecuentemente en los delitos contra la ordenación del territorio. Se refieren a las normas y condiciones vigentes y exigibles en el momento en que se lleva a cabo la acción. Que posteriormente la normativa varíe esas condiciones no afecta a la antijuricidad de la conducta pasada, ni supone necesariamente una valoración diferente y más benigna de la misma. Lo relevante es la normativa que regía en el momento de los hechos. Solo las modificaciones legislativas que obedecen a verdaderos cambios valorativos -el legislador opina que no es necesario seguir protegiendo del mismo modo un determinado bien jurídico o que determinado comportamiento ya no es lesivo para el bien jurídico de manera que no se mantiene la necesidad político criminal de un concreto tipo delictivo-, deben aplicarse retroactivamente si son favorables. Carecen de esa vocación de retroactividad aquellas modificaciones que no afectan al núcleo del injusto, sino a otros elementos típicos...».

principio del non bis in ídem ha de considerarse parte de los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones incluidas en el artículo 25.1 de la Constitución española¹⁹⁹.

A la luz de este principio limitador, en el marco del principio de legalidad penal, se proscribe la duplicidad de sanciones, (también duplicidad de circunstancias agravantes), en los casos en que se aprecia la identidad del sujeto, hecho y fundamento (salvo concurrencia de una circunstancia que avalase la doble sanción a la luz de la supremacía especial de la Administración que justificase el ejercicio de «ius puniendi» por los Tribunales penales y a su vez de la potestad sancionadora de la administración pública).

En este contexto, en el delito urbanístico estas cuestiones pueden plantearse en tres escenarios distintos: primero, respecto del análisis de las zonas de confluencia existentes entre el marco de protección de la ley penal y el espacio de tutela de la ley administrativa; después, el posible concurso entre distintos delitos que tengan por objeto de protección el mismo, o muy similar, interés material; y, finalmente, el estudio del juego que debe darse a la circunstancia agravante del delito urbanístico, cuando, el tipo cualificado del precepto contempla los mismos desvalores como justificación del aumento de pena respecto del tipo básico. Veámoslos por separado:

(i) Non bis in ídem entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador

En la actualidad, exactamente la misma conducta prevista en el artículo 319 del Código penal también está castigada mediante los ordenamientos urbanísticos administrativos de las distintas comunidades autónomas españolas competentes.

¹⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1981.

Por ello, puede afirmarse que el legislador penal no fue especialmente cuidadoso cuando, en el año 1995, tipificó el delito urbanístico, permitiendo con su descuido técnico-legislativo flagrantes espacios de solapamiento normativo que la jurisprudencia se ha visto forzada a resolver. Así, actualmente, formalmente el delito urbanístico no deja de constituir la traducción penal de infracciones administrativas preexistentes. En definitiva, si mañana el delito urbanístico se borrara del Código penal, el sujeto que llevara a cabo una edificación, construcción o urbanización no autorizable en suelos protegidos sería autor de una infracción administrativa, siendo condenado al pago de una multa y, normalmente, sometido a la orden de demolición de lo ilegalmente construido.

La diferenciación cualitativa de ambos ordenamientos punitivos, más algunas propuestas de *lege ferenda* vinculadas, serán tratada en el Capítulo V de esta obra (intervención mínima penal) pero ahora debemos traer a colación algunos problemas prácticos que pueden plantearse cuando los operadores jurídicos se enfrentan al problema de la doble posibilidad punitiva, infracción y sanción administrativa-urbanística o, delito y pena del Derecho penal. Estas cuestiones deben estudiarse desde dos planos distintos: el de garantías procedimentales y el de garantías sustantivas, ambos dimanantes del principio del non bis in ídem y sobre la idea general de fuerza atractiva del Derecho penal frente a las demás instancias jurídicas.

Desde la perspectiva de la garantía procedimental del non bis in ídem se asume que no deben existir más de un procedimiento por un mismo expediente punitivo tramitándose al mismo tiempo. Ello encuentra su fundamento normativo en el artículo 114 de la LECRIM, donde se apunta que: «Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal».

En estos términos se ha pronunciado (con cita expresa de jurisprudencia del Tribunal Constitucional) la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 19 de enero de 2012: «Esa garantía procedimental del *non bis in idem* encaminada a evitar la dualidad de los procedimientos encuentra su antecedente en el artículo 114 LECRIM, del que puede extraerse la prevalencia procedimental a la jurisdicción del orden penal respecto a los procedimientos administrativos sancionadores. En la STC 2/2003 el Tribunal Constitucional reconoce de manera expresa autonomía al derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador, admitiendo que, en ciertos casos, la substanciación de un procedimiento administrativo sancionador y un proceso penal -por los mismos hechos y con el mismo fundamento- puede ocasionar la vulneración del derecho a no ser sometido a un doble proceso²⁰⁰».

Asimismo, el artículo 3 de la LECRIM apunta que: «Por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación». Después, no obstante, el artículo 4 de la misma Ley rituaría matiza que: «Sin embargo, si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal

²⁰⁰ En palabras de esa sentencia del Tribunal Constitucional (STC 2/2003) «... la interdicción constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo respecto de aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento -su grado de complejidad- como a las de la sanción que sea posible imponer en él -su naturaleza y magnitud- pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal».

suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda; pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente».

También, el artículo 77.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas²⁰¹ determina que: «En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien».

Este principio de primacía del Derecho procesal penal o prejudicialidad penal ha sido acogido y reconocido en los distintos Códigos urbanísticos de las comunidades autónomas²⁰². Por ejemplo, en el artículo 71 del Decreto 28/1999, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y la aplicación de la Ley del Suelo de Galicia dispone que: «Cuando con ocasión de la tramitación de los expedientes administrativos que se instruyan

²⁰¹ Ley que regula los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones Públicas, así como los principios a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria.

²⁰² También lo contempla el artículo 56 del Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (de aplicación supletoria para las comunidades autónomas): «Cuando con ocasión de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística se presuma que de los documentos aportados o de la propia infracción se desprenden indicios del carácter de delito o falta del hecho, el órgano competente para imponer la sanción, por sí o a propuesta del instructor del expediente, lo pondrán en conocimiento de los Tribunales de Justicia, a los efectos de exigencia de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores».

por infracción urbanística se desprenden indicios del carácter de ilícito penal del hecho, el órgano instructor del expediente, 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, suspendiendo la tramitación del expediente administrativo entre tanto no recaiga resolución del Ministerio Fiscal o resolución judicial firme».

También, por ejemplo, en el artículo 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 se dispone que: «Cuando con ocasión de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística se presuma que de los documentos aportados o de la propia infracción se desprenden indicios del carácter de delito o falta del hecho, el órgano competente para imponer la sanción, por sí o a propuesta del instructor del expediente, 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».

También, entre otros, en el artículo 148 del Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística de Cataluña se dispone que: «1. Si, en la tramitación de un procedimiento sancionador, se considera que los hechos pueden ser constitutivos de ilícito penal, el órgano competente para incoarlo los ha de comunicar a la autoridad judicial y al Ministerio Fiscal. 2. La persona instructora ha de suspender el procedimiento sancionador cuando tenga conocimiento de que se está tramitando un proceso judicial penal por los mismos hechos. El procedimiento sancionador ha de permanecer suspendido hasta que la resolución judicial penal firme que se dicte se comunique a la administración que instruye el procedimiento

suspendido. 3. La suspensión del procedimiento sancionador de acuerdo con el apartado 2 no comporta la suspensión del procedimiento de protección de la legalidad urbanística vulnerada respecto de las medidas de restauración de la realidad física alterada y el orden jurídico vulnerado que haya que adoptar en relación con los mismos hechos, no afecta a las medidas provisionales que se puedan haber adoptado, ni impide adoptar motivadamente otras nuevas²⁰³».

Con todo ello podemos determinar que si la Administración tiene conocimiento de una presunta infracción urbanística que presente indicios de subsunción en el tipo penal del artículo 319 CP, debe suspender la fase de instrucción del expediente sancionador y debe elevar la causa a la jurisdiccional penal, trasladándole la noticia criminal para que ésta valore si el hecho es subsumible o no en el Código penal. Si finalmente el Ministerio Fiscal considera atípica la conducta devolverá el expediente a la Administración para que ésta reanude el procedimiento sancionador.

Pero, ¿qué ocurriría si la administración no suspende el procedimiento administrativo sancionador y sigue con el mismo hasta, incluso, resolver una sanción?

La jurisprudencia ha tenido la oportunidad de señalar que cuando se vulnera la garantía procedimental del non bis in ídem cabrá decretarse la anulabilidad de la sanción administrativa, al haberse dictado ésta con infracción del ordenamiento

²⁰³ El punto tercero del artículo 148 del Reglamento catalán no supone colisión con el principio de prejudicialidad penal. Piénsese que los expedientes sancionadores son distintos de los expedientes que tienen por objeto la restauración de la legalidad urbanística alterada. Los primeros buscan castigar con sanción una infracción urbanística consumada. Los segundos no tienen naturaleza punitiva, simplemente tiene como objeto restaurar la legalidad urbanística al estado anterior, evitando que las edificaciones ilegales fuera de ordenación o en volumen disconforme acaben consolidándose por prescripción.

jurídico urbanístico. Por ejemplo, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo, del Tribunal Supremo, de 19 de enero de 2012, se confirma la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante la cual se anuló una sanción urbanística del Consello de la Xunta de Galicia, de 800.001 euros, por haberse infringido la garantía procedimental aludida, ya que la administración gallega había incumplido su deber de suspensión del expediente sancionador.

Asimismo, en ocasiones podremos encontrarnos en supuestos donde la discusión verse sobre si, una vez ya impuesta y pagada la sanción administrativa, puede todavía la jurisdicción penal acabar fallando una sentencia condenatoria por los mismos hechos sin que ello infrinja la garantía sustantiva del principio del non bis in idem sustantivo. En este sentido, la garantía sustantiva del principio del non bis in ídem asegura que nadie puede ser condenado más de una vez por los mismos hechos cuando igualmente se comparte sujeto responsable y fundamento jurídico tutelado. Esta garantía también es extensible a la prohibición de que una misma circunstancia sirva para agravar la consecuencia jurídica punitiva más de una vez.

Como fundamento normativo de tal garantía encontramos, limitando solamente una segunda sanción administrativa, por ejemplo, el artículo 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público²⁰⁴, en el cual se señala que: «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». Ahora bien, en el ordenamiento jurídico vigente no se encuentra positivizado un límite similar para el Derecho penal. Por ello, actualmente la

²⁰⁴ Ley que establece y regula las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, los principios del sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas y de la potestad sancionadora, así como la organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y de su sector público institucional para el desarrollo de sus actividades.

posición jurisprudencial mayoritaria pasa por aceptar la posibilidad de una segunda sanción penal, después incluso de una primera administrativa ya pagada, siempre que se respete el principio de proporcionalidad, y, con ello, se descuenta en sede penal la parte de la multa que el administrado ya habría soportado en sede administrativa sancionadora.

Por ejemplo, en el Fundamento Jurídico segundo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 151/2009, de 25 de mayo, (con cita de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional) podemos leer que: «Desde la perspectiva material del derecho fundamental garantizado en el artículo 25.1 CE, el núcleo esencial de la garantía en él contenida reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente; de modo que, ni de la infracción de una regla procesal (la no suspensión del expediente administrativo prevista en el artículo 7.1 artículo y 2 RPS), ni de la eventual falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada de la resolución sancionadora, deriva con carácter automático la lesión de la prohibición de incurrir en bis in idem sancionador. En el caso no puede afirmarse que se hayan impuesto dos sanciones al recurrente, una en vía administrativa y otra en vía penal, pues materialmente solo se le ha impuesto una sanción. A los efectos de ponderar la vulneración del derecho fundamental del recurrente a no padecer dos sanciones por los mismos hechos con el mismo fundamento es evidente que, desde la perspectiva que nos es propia, no nos corresponde analizar la legalidad o ilegalidad de la actuación de la Administración sancionadora, ni enjuiciar, desde esa misma óptica de la legalidad aplicable, la actuación de los órganos judiciales penales al absorber las sanciones administrativas impuestas en las penas. No obstante, no puede dejar de reconocerse que los órganos penales, al enjuiciar el caso, se encontraban en una situación paradójica, pues, aunque no podían dejar de condenar penalmente al recurrente, dado su sometimiento estricto a la ley en el ejercicio de su función jurisdiccional (art. 117.1 CE), tampoco podían dejar de ser conscientes de que la sanción penal por ellos impuesta al mismo podía suponer una reiteración

sancionadora constitucionalmente prohibida por el art. 25.1 CE. El hecho de que la legislación no prevea expresamente solución para los casos en los que la Administración no suspenda el expediente administrativo, estando un procedimiento penal abierto, puede explicar su actuación. Sólo al legislador corresponde establecer los mecanismos normativos de articulación del ejercicio de la potestad punitiva por la Administración y por la jurisdicción penal para evitar la reiteración sancionadora y contemplar las consecuencias que deriven de su incumplimiento. Atendiendo a los límites de nuestra jurisdicción de amparo, una solución como la adoptada en este caso por el órgano judicial no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* sancionador, dado que la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación --bis-- de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art. 25.1 CE. Frente a lo sostenido en la TC S 177/1999 (FJ 4), no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el «doble reproche aflictivo», sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto²⁰⁵.

²⁰⁵ En la misma Sentencia se apunta que «Una ponderación similar fue efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 30 Jul. 1998 en el caso Oliveira (junto a la calificación del caso como concurso ideal de infracciones) para declarar que no se había lesionado el art. 4 del Protocolo 7 CEDH, al afirmar que «esta disposición no se opone a que dos jurisdicciones distintas conozcan de infracciones diferentes,... y ello en menor medida en el caso en el

En suma, la interpretación del artículo 25.1 de la Constitución Española y del principio non bis in ídem que realiza la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero, no impide que se pueda imponer una sanción en vía penal por delito urbanístico a pesar de que ya se hubiese impuesto en vía administrativa una multa por el mismo hecho, pues en dicha sentencia se considera que no concurre lesión del bis in ídem en los casos en que, habiéndose sancionado administrativamente una conducta, por no haberse suspendido a tiempo el expediente administrativo sancionador aun existiendo un proceso penal simultáneo, finalmente llega la condena penal y en ella se descuenta el importe de la sanción administrativa. Se trataría así de evitar no un doble reproche penal y administrativo, sino que se impusiesen dos sanciones por el mismo hecho²⁰⁶.

Esta solución, no obstante, entra en crisis cuando debe buscarse la proporción de una primera multa en sede administrativa y una posible segunda consecuencia jurídica en forma de pena privativa de libertad en sede jurisdiccional penal, supuesto que plantea difícil solución práctica. Aquí, si el particular ya ha soportado un expediente infractor urbanístico en sede administrativa y además, ya ha cumplido con la sanción impuesta, considero que debe defenderse el límite absoluto del bis in ídem en sede penal (en confluencia con el principio de seguridad jurídica dentro del sistema del *ius puniendi* del Estado en su conjunto), proscribiendo la pena de prisión, y posibilitando únicamente una consecuencia jurídico penal en forma de multa, mediante la cual quepa descontarse la parte ya pagada en sede administrativa por el particular.

que no ha tenido lugar una acumulación de penas sino la absorción de la más leve por la más grave».

²⁰⁶ En estos términos se expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 151/2009, de 25 de mayo.

(ii) Non bis in ídem respecto al delito urbanístico y el delito medioambiental

La jurisprudencia se ha tenido que preocupar sobre la eventual lesión del principio estudiado en casos donde, además del delito urbanístico, se entendía que se había podido consumir también el delito medioambiental

En este contexto, el tipo general del delito medioambiental se encuentra descrito en el primer apartado del artículo 325 del Código penal con la siguiente redacción: «Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas».

Pues bien, como se observa del anterior redactado, parte de las actividades que se recogen en el precepto penal medioambiental también forman parte de la ordinaria actividad constructora o edificatoria y que, por tanto, pueden realizarse al ir desarrollarse el curso ejecutivo del delito urbanístico. Por ejemplo, cuando el constructor, durante la fase de edificación o urbanización de las obras no autorizables, realiza actividades de extracciones, excavaciones o aterramientos, o depósitos en el suelo o subsuelo, que puedan causar daños sustanciales a la calidad del suelo o, por ejemplo, de los animales o plantas, estaría colmando tanto el delito urbanístico como el delito medioambiental y, por ello, su actividad sería subsumible, literal y mecánicamente, tanto en el tipo del artículo 319 CP (debería valorarse como cuestión previa el tipo de suelo que estaría soportando las obras ilegales)

como en el tipo del artículo 325 CP.

Por ello, la cuestión que han tenido que resolver los Tribunales ha sido si la doble condena penal (tipo urbanístico más tipo medioambiental), posibilitada por la falta de taxatividad penal, lesiona el principio del non bis in ídem. Pues bien, en este asunto concurren una pluralidad de resoluciones jurisprudenciales contradictorias y varias opiniones doctrinales discrepantes.

Por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 4/2011, de 2 de febrero, se acoge la tesis según la cual, entre el delito urbanístico y el delito medioambiental existe una identidad de fundamento jurídico que obliga, a la luz del principio de non bis in ídem, a seleccionar un único tipo penológico. En este caso, la Sala elige resolver el conflicto a la luz del artículo 8.4 del Código penal, y salva la contingencia por medio de la aplicación del concurso de leyes penales a resolver con el precepto más penado, decantándose con ello a favor de la utilización del tipo medioambiental.

En esta Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 4/2011 se apunta expresamente que: «si la conducta consistente en construir sin autorización configura el delito contra la ordenación del territorio del art. 319.1, es porque esa actividad constructora se realiza en una zona de valor ecológico y considerada de especial protección precisamente por ese valor ecológico que la norma quiere preservar. Y desde luego, ese mismo bien jurídico es el que tutela el art. 325 en su vertiente de proteger el equilibrio de los sistemas naturales, cuya significación ecológica no admite duda. Al sancionar separadamente ambos delitos, se ha producido una vulneración del principio «non bis in ídem» que debe ser reparada en esa instancia, casándose la sentencia impugnada en este extremo y declarándose en la segunda que dicemos que la actuación del acusado constituye un supuesto de concurso de delitos que debe resolverse con arreglo al art. 8.4 CP, de manera que los hechos serán castigados con arreglo al art. 325 por ser el tipo

más grave, excluyéndose el 319, sancionado con menor pena²⁰⁷».

En este sentido, tanto la jurisprudencia como la doctrina consideran pacíficamente que el concurso de leyes existe cuando un mismo supuesto fáctico puede subsumirse en dos o más tipos penales, de los cuales, a la luz del principio del non bis in ídem, solamente uno puede ser aplicado. A diferencia de lo anterior, el concurso ideal de delitos concurre cuando también aparecen sobre un mismo hecho varios preceptos penales, pero, en este caso, los tipos punitivos no se excluyen entre sí, sino que todos ellos son aplicables. En este contexto, tal como señala el Tribunal Supremo: «existe una diferencia esencial u ontológica que radica en que en el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la «jurídica», pues lesiona el mismo «bien jurídico», que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la anti-juridicidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del «non bis in idem». En cambio, en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos «bienes jurídicos», cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones «jurídicas» es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada «bien jurídico» lesionado²⁰⁸».

Por tanto, si determinamos que los bienes jurídicos protegidos por el delito

²⁰⁷ [Nota de la Sentencia: al parecer, del literal transcrito, la Sala señala equivocadamente en su texto la referencia al «concurso de delitos» cuando está claramente optando -artículo 8.4- por resolver el asunto mediante un concurso de leyes o normas penales].

²⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 1182/2006, de 29 de noviembre (Fundamento Jurídico decimoprimer).

urbanístico y el delito medioambiental son distintos, deberemos, por coherencia jurídica, sostener que, ante un mismo hecho con capacidad de doble subsunción (urbanística y ambiental), su solución práctica judicial pasará por utilizar el criterio del concurso de delitos, en ocasiones en forma de concurso ideal, en otras, atendiendo a las circunstancias concomitantes, en forma de concurso medial. Esta es la posición recomendada en esta obra. Así, considero que los intereses tutelados en el delito urbanístico son valores vinculados a la ordenación del uso del suelo en cuanto a recurso natural limitado, valor distinto e independiente al interés medioambiental ecológico presente en el tipo penal del artículo 325 CP. Es más, en ocasiones la lesión urbanística no comportará afectación medioambiental alguna, hecho que no podrá decidir la falta de tipicidad de la acción por ausencia de antijuricidad material de la misma²⁰⁹.

En este punto quiero avisar al lector que las cuestiones de la naturaleza del bien jurídico del artículo 319 del Código penal, *stricto sensu*, serán desarrolladas con más detenimiento a lo largo del Capítulo cuarto de esta obra, dedicado exclusivamente a esta cuestión.

²⁰⁹ Por ejemplo, imaginemos un suelo clasificado como suelo no urbanizable y calificado para usos de explotación agraria o ganadera. Imaginemos también que en ese suelo se desarrolla, legalmente y con las autorizaciones pertinentes, una actividad de explotación porcina: actividad potencialmente contaminante y lesiva medioambientalmente. Pues bien, imaginemos ahora que el propietario de esos suelos decide cerrar la actividad industrial y, en su lugar, después de limpiar el suelo, construye, en contra de los usos predeterminados por el plan municipal, una edificación unifamiliar de dos plantas, con jardín y piscina. El sujeto habría colmado el tipo del delito urbanístico, pero, su acción, lejos de lesionar el medio ambiente, lo habría protegido o mejorado: el uso del chalet familiar comportaría una actividad contaminante infinitamente menor que la cría de cerdos para su explotación en la industria cárnica.

Finalmente, debe señalarse que una de las consecuencias adicionales que tiene la interpretación de que el delito urbanístico no proteja intereses medioambientales, sino netamente urbanísticos, es que las normas penales en blanco del artículo 319 del Código penal son completadas por normas urbanísticas administrativas, no administrativas ambientales. En este contexto, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 356/2021, de 20 de julio, podemos leer literalmente que: «Es decir, que la especial protección de los terrenos a la que se refiere el número primero del artículo 319 CP ha de provenir de la legislación urbanística, pues el «bien jurídico» protegido es la ordenación del territorio, y no de la legislación medioambiental, cuya protección se realiza en el orden penal a través de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, de los artículos 325 y siguientes del Código Penal. Por ello, aunque el artículo 2 de la Ley 2/1992, de 15 de Junio, Forestal de Andalucía, establece que: «Los terrenos forestales, por los recursos naturales que sustentan y por los valores sociales y ecológicos que contienen, están sujetos a una especial protección, vigilancia y actuación de los poderes públicos», esa especial protección a la que se refiere el citado precepto es dispensada en el ámbito medioambiental, no en el ámbito urbanístico, pues para que goce de especial protección en el ámbito urbanístico es necesario que dicha protección especial sea otorgada por la normativa urbanística»

(iii) Non bis in ídem respecto al delito urbanístico y la prevaricación urbanística

Como hemos tenido oportunidad de señalar en el Capítulo segundo de esta obra (al tratar la delimitación negativa del objeto de estudio, en especial la diferencia conceptual existente entre el delito urbanístico estrictamente considerado y el fenómeno de la corrupción urbanística) el precepto previsto en el artículo 319 CP (delito urbanístico) comparte con el precepto previsto en el artículo 320 CP (prevaricación urbanística) un interés de protección de la ordenación territorial como valor constitucional de utilización racional del suelo orientado a los

interés generales, pero, a diferencia del delito urbanístico, en la prevaricación urbanística, junto al bien jurídico ordenación del territorio, también se encuentra el propio de la prevaricación, consistente en el correcto funcionamiento de la administración pública con los parámetros constitucionales que orientan su actuación²¹⁰.

En base a que la prevaricación urbanística se configura como un delito pluriofensivo cuyo objeto de tutela no coincide plenamente con el tipo del delito urbanístico, la jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de castigar al mismo sujeto (el que participa de la prevaricación urbanística y finalmente consume el delito urbanístico) por los dos preceptos a la vez. Así, por ejemplo, en el Fundamento Jurídico sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo 1127/2009, de 27 de noviembre se señala expresamente que: «Ya hemos sentado que la aplicación del art. 319 junto al 320 no encierra colisión con el principio non bis in ídem, por cuanto no se da coincidencia total de "desvalores" en bienes jurídicos protegidos; y tampoco se trata de mera progresión en el ataque a un solo y mismo bien

²¹⁰ Entre otros, ACALE SÁNCHEZ, M, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 307; y, VILLACAMPA ESTIARTE, C, «Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 y 320)». En QUINTERO OLIVARES, G, (director) *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Navarra, Aranzadi, 2010, p. 272. Más concretamente, GORRIZ ROYO señala, en relación al artículo 320 CP, que: «...parece lógico interpretar que la previsión conjunta de la pena del delito del art. 404 C.P. y las de prisión o multa, es reflejo de la punición de ofensas a bienes jurídicos distintos: de un lado, el protegido en el delito del artículo 404 C.P., que sería un bien jurídico categorial o institucional, sustanciándose en el *interés público por el pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la ley y al Derecho*. Así entendido el bien jurídico, es posible descartar cualquier acepción del mismo que haga referencia a la «infracción de los deberes del cargo», a la «fidelidad», al «prestigio» o a la «obediencia debida a la Administración», porque dicho interés es concreción del *correcto ejercicio de la potestad administrativa o función pública, conforme al interés general según la legalidad vigente*: GÓRRIZ ROYO, E, *Los delitos de prevaricación urbanística*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 123 y 124.

penalmente tutelado. Añade el recurso que, en su caso, el delito del artículo 319 entraría en concurso con el del artículo 404; pero ello implicaría desconocer la especialidad del artículo 320 respecto al 404²¹¹».

A mayor abundamiento, en la muy reciente Sentencia del Tribunal Supremo, 88/2018 de 21 de febrero, donde, se condena al alcalde de la localidad de Zarra y su hijo como responsables del delito continuado contra la ordenación del territorio y prevaricación urbanística al construir veinticinco viviendas en terrenos con calificación de no urbanizable común, se discute la lesión del principio del non bis in ídem al constar una doble condena por los hechos enjuiciados. No obstante, de forma correcta falla el Tribunal que (ver Fundamento Jurídico segundo): «esta Sala Segunda ya se pronunció sobre esta cuestión en sentencia núm. 127/2009, de 27 de noviembre, donde expresamente reseñó que la aplicación del artículo 320 junto al 319, no conculca el *principio non bis in ídem*, pues no cabe desconocer que bien tutelado con la sanción penal a la prevaricación urbanística no es sólo la ordenación del territorio sino también la administración pública, como en toda prevaricación administrativa; y tras denegar expresamente relación de consunción o subsidiariedad, reitera que la aplicación del artículo 319 junto al 320 no encierra colisión con el principio non bis in ídem, por cuanto no se da coincidencia total de

²¹¹ En la misma sentencia (Fundamento Jurídico 7) el alto Tribunal aclara como resolver el tipo concursal, abogando por el concurso real de delitos, señalando expresamente que no cabe defender «la infracción del artículo 77 CP, porque, a lo sumo, en aplicación del artículo 77, debió haber sido sancionado el concurso de delitos entre el 319 y el 320 con una sola pena, al ser el segundo medio necesario para cometer el primero. Pero la jurisprudencia tiene establecido que, para apreciar el concurso medial a que se refiere el artículo 77, no basta la preordenación síquica, sino que es necesario que objetiva y realmente, al aplicar el juicio hipotético, resulte que uno de los delitos fue imprescindible para la comisión del hecho, lo que no consta en el presente caso ante la circunstancia de que, para alcanzar la construcción no autorizada, bien pudo ser utilizado instrumento distinto al ilícito informe por el funcionario público, como no es infrecuente en la práctica conocida judicialmente».

"desvalores" en bienes jurídicos protegidos; y tampoco se trata de mera progresión en el ataque a un solo y mismo bien penalmente tutelado».

El Tribunal, en definitiva, entiende que ninguno de los dos delitos (delito urbanístico del 319 CP y prevaricación urbanística del 320 CP) lleva en sí la acción ni el desvalor del otro. Cada uno de ellos protege un bien jurídico distinto (o, al menos, diría yo, parcialmente distinto). Así, la idea básica que soporta la posible doble condena es que el bien jurídico protegido en el artículo 319.2 es la utilización racional del territorio, mientras que el artículo 320 del Código penal es un supuesto especial de la prevaricación administrativa prevista en general el artículo 404 del Código penal y cualificada cuando el abuso de poder administrativo verse sobre cuestiones urbanísticas²¹².

En definitiva, no hay colusión del principio del non bis in ídem cuando se condena a un constructor por previa participación en el delito de prevaricación urbanística y, autor después, del delito urbanístico²¹³. Con tal afirmación, debe despejarse ahora el modo de solución concursal ideal. Entiendo, del mismo modo que el Tribunal Supremo, que (si bien no hay dos casos iguales) deberá resolverse en base al concurso real de delitos. Evidentemente no estamos en el escenario de un concurso ideal: no hay un único hecho factual. El debate pasa por determinar si la prevaricación antecedente a la construcción ilegal es una fase de realización previa

²¹² Como ha sido señalado, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación; de modo que garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho.

²¹³ Así lo señala, por ejemplo, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 88/2018, de 21 de febrero, en cuyo Fundamento Jurídico segundo se afirma que entre el delito de prevaricación urbanística y el delito urbanístico «no existe un concurso de normas, sino de delitos, sin que ninguno de ellos sea medio necesario para la comisión del otro, por lo que concurren en modalidad real».

y medialmente necesaria del delito urbanístico consumado. Si se llega a tal conclusión cabría utilizarse el mecanismo del concurso medial. De lo contrario, si se niega la necesaria intervención de la prevaricación, deberá resolverse que los dos delitos tienen autonomía valorativa, y, por ello, utilizar el concurso real de delitos.

Yo soy partidario de la segunda opción. Piénsese que ambos delitos pueden ser cometidos sin ninguna relación del uno con el otro. Cabe realizarse perfectamente la prevaricación urbanística por medio de la concesión de las licencias ilícitas sin que el responsable de la resolución administrativa participe en la posterior construcción ilegal. Asimismo, pueden realizarse construcciones ilegales sin licencia alguna, legal o ilegal y, por ello, no existe un concurso de normas, sino de delitos, sin que ninguno de ellos sea medio necesario para la comisión del otro, concurriendo ambos ilícitos penales, por tanto, en modalidad real»²¹⁴.

Ahora bien, entiendo que el funcionario autor de la prevaricación, si no ha realizado funciones efectivas y materiales en la consumación de las obras ilegales (que, normalmente, no las hará), no responderá por el delito urbanístico previsto en el artículo 319 del Código penal, ni siquiera a título de cooperador (ya que las obras de edificación ilegales ni formalmente necesitan la cooperación necesaria del funcionario ni, materialmente, en el caso concreto, han sido coadyuvadas por aquél)²¹⁵, y, por ello, solamente debería soportar las consecuencias jurídicas del

²¹⁴ Así se resuelve también por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo 127/2009, de 27 de noviembre.

²¹⁵ En este contexto, con algunos matices diferenciales a mi interpretación, GORRIZ ROYO señala que: «Cuando a resultas de la comisión del delito del art. 320.1 C.P. se resuelve a favor de la licencia urbanística y efectivamente se lleven a cabo las construcciones previstas en el art 319.1 C.P o las edificaciones del art. 319 C.P. , y, además se constate la connivencia entre el funcionario informante y el particular que realiza aquellas obras, las posibilidades de castigar los hechos delictivos se reducen a mi entender, a dos: o bien se castiga al funcionario informante como autor del delito del art. 320.1 C.P. y al particular como autor de los correspondientes delitos del art. 319

tipo penal del artículo 320 del Código penal o, en su caso, del artículo 404 del mismo texto legal²¹⁶.

(iv) Non bis in ídem respecto de las circunstancias agravantes del delito urbanístico

En el artículo 338 del Código penal (Disposiciones comunes del Título XVI) se señala que: «Cuando las conductas definidas en este Título afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas».

Pues bien, la aplicación de esta circunstancia agravante en el delito urbanístico puede plantear problemas de doble agravación, cuestión proscrita también a la luz del principio del principio del non bis in ídem. En este sentido, tal y como ya ha sido puesto de manifiesto anteriormente, el delito urbanístico presenta un tipo básico (realizar construcciones no autorizables en suelos no urbanizables) y un tipo cualificado consistente en realizar construcciones 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 (y aquí se encuentra el problema de la posible doble agravación por el mismo hecho), «que por los mismos motivos hayan

C.P. [esta es la posición que se defiende en esta obra], o bien se entiende que el funcionario informante es cooperador necesario (art. 28 b) C.P.) en alguno de los delitos cometidos por el particular (art 319 C.P.) en concurso ideal con el delito de prevaricación del art. 404 C.P.(...)»: GÓRRIZ ROYO, E, *Los delitos de prevaricación urbanística*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 374 y 375.

²¹⁶ Tampoco considero correctas las posiciones que solicitan la condena del funcionario en el delito urbanístico del 319 CP por una eventual responsabilidad en el marco de la comisión por omisión a la luz de la posición de garante de aquél.

sido considerados de especial protección».

Como puede observarse, una de las circunstancias que permiten subsumir la acción antijurídico-urbanística en el apartado cualificado del delito pasa por el hecho objetivo de que los suelos donde se desarrolla la actividad hayan sido considerados «lugares de especial protección», y, como se ha apuntado antes, la aplicación de la circunstancia agravante genérica prevista en el artículo 338 CP (de aplicación para todos los preceptos del Título XVI) se justifica cuando las obras edificadas «afecten a espacios naturales protegidos», compartiéndose, a mi juicio, el mismo desvalor justificante de la agravación: un tipo de suelo natural especialmente protegido.

En este sentido, algunas sentencias han considerado que la doble agravación de la pena no entraña lesión del principio de la doble incriminación. Por ejemplo, podemos traer a colación lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo 1250/2001, de 26 de junio, resolución en la cual se señala que: «El artículo 338 citado se inserta en las Disposiciones comunes aplicables a los delitos previstos en el Título XVI, es decir, los relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, estableciendo una agravación específica cuando dichas conductas afecten a algún espacio natural protegido. Sin embargo, el tipo cualificado contra la ordenación del territorio que se ha aplicado en este caso, 319.1, no incluye «per se» dicha calificación agravatoria, como sí sucede en el tipo descrito en el artículo 330 C.P. sino que se limita a castigar a los que lleven a cabo una construcción no autorizada 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, luego la agravación implica algo cualitativamente distinto, es decir, que el espacio natural esté reconocido y haya sido ya calificado administrativamente como protegido, y siendo ello así debió operar la agravante específica, pues el delito

base no comporta dicha cualidad fáctica específica. Tiene razón el Ministerio Fiscal cuando afirma que el artículo 319.1 C.P. parte de un planteamiento protector general, mientras que la agravación reconoce un plus de protección cuando, además de los valores referidos en aquel precepto, el espacio natural haya sido reconocido como protegido».

No comparto tal interpretación. Es más, creo que claramente la actual forma del tipo agravado del artículo 319 CP incorpora el posible desvalor cualificado consistente en la acción de llevar a cabo actuaciones urbanísticas ilegales en espacios especialmente protegidos. Por ello, la doble agravación no está justificada solamente porque el tipo de suelo donde se ejecute el delito esté considerado de especial protección o reserva natural.

Otra posición doctrinal, más restrictiva, y también más acorde con los principios limitadores del Derecho penal, es la que sitúa en el término «afecten» del artículo 338 el núcleo interpretativo de la cuestión. Según esta posición, lo que permite aumentar la pena del tipo cualificado del delito vía 338 CP no es la realización de las obras sobre espacios naturales protegidos, sino, poder probar la especial afectación del espacio protegido lesionado, entendiendo exegéticamente este concepto (afectar) como menoscabar o perjudicar gravemente el entorno natural.

Por ejemplo, siguiendo la anterior posición encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén 69/2016, de 15 de marzo, en la cual podemos leer que: «Una interpretación más restrictiva y más acorde con el bien jurídico que se pretende proteger con la norma y que se corresponde mejor con el fundamento de la agravación contenida en el artículo 338 CP sugiere que por afectación debe entenderse no sólo la mutación del espacio sino el deterioro del medio ambiente que se pretende proteger. En tal sentido el Diccionario de la Real Academia define la palabra «afectar» como «producir alteración o mudanza en alguna cosa» pero

también como «menoscabar, perjudicar o influir desfavorablemente». Consideramos que esta última es la acepción admisible por lo que procede analizar qué tipo de menoscabo justifica la agravación. Debe tratarse de un menoscabo que suponga una afectación efectiva y material del espacio protegido para lo que habrán de valorarse todas las circunstancias concurrentes tales como si la zona afectada constituye o no el núcleo esencial del espacio que contiene los valores que se pretenden proteger con la declaración administrativa de espacio natural protegido, el tipo e importancia de la actuación ilícita realizada, los usos anteriores que se venían realizando en el mismo terreno, la degradación de la zona por otras actuaciones anteriores y cualesquiera otras que puedan tener incidencia para determinar el menoscabo efectivo producido con la actuación ilícita».

Esta interpretación judicial se apoya en lo resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 18 de junio de 2012, cuyo argumento me parece oportuno compartir atendiendo, a mi juicio, de un perfecto enfoque doctrinal: «no podemos estimar que se haya probado el plus de antijuridicidad que permite la aplicación de la agravación contenida en el artículo 338, que obliga a aplicar la pena superior en grado, que en el caso supondría una pena mínima de al menos tres años de prisión, pues debe reconocerse que, como se afirma en la Sentencia de 24 de noviembre de 2008 de la Sección octava de Cádiz, el hecho de que la construcción se efectúe en el Parque Natural, «cuya concurrencia es necesaria para el encaje y la subsunción de los hechos enjuiciados en el tipo penal previsto en el artículo 319.1 CP, no puede ser tomada a su vez para apreciar la concurrencia del subtipo agravado previsto en el artículo 338 CP. Ello supondría una grave y evidente conculcación del principio «non bis in idem». En la interpretación lógica y sistemática de ambos preceptos entendemos que la afectación de la conducta realizada por el sujeto activo a algún espacio natural protegido exige un plus, la constatación de haber puesto en peligro grave algún elemento esencial del equilibrio ecológico del espacio natural o lo que es igual, que haya podido alterar gravemente el *status quo* del espacio natural previo a la intervención que se

cuestiona».

En suma, la circunstancia agravante prevista en el artículo 336 CP no puede aplicarse en el delito urbanístico solamente porque en aquél se juzguen unas obras ilegales levantadas en un espacio de reserva natural especialmente protegido. Como se sabe, este desvalor (suelo natural especialmente protegido) es el justificante de la subsunción el apartado primero del artículo 319, despreciando con ello el tipo básico. Solamente podrá utilizarse el recurso agravatorio del artículo 336 CP cuando se demuestre un plus de antijuricidad material atendiendo a todos los hechos concurrentes. Ciertamente, de todas las hectáreas que conforman los espacios naturales, no todos los puntos tienen el mismo valor o interés objetivo; y, de todas las obras o edificaciones que pueden levantarse, solamente aquellas más grotescas y lesivas, atendiendo su afectación al paraje natural, permitirían superar las barreras del principio del non bis in idem y con ello aplicar la doble agravación de la pena.

(D) Cuestiones sobre posibles errores de prohibición en el delito urbanístico

Una de las consecuencias prácticas que pueden propiciarse de un precepto penal poco claro o poco taxativo son posibles escenarios de errores de prohibición. En este sentido, el artículo 14.3 del Código penal contempla el instrumento jurídico del error de prohibición en los siguientes términos: «El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados». En este contexto, el Tribunal Supremo ha afirmado que el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuricidad y éste aparece cuando el autor, al realizar el delito, está en la creencia de estar actuando lícitamente²¹⁷.

²¹⁷ Entre muchas otras, por ejemplo, así se dispone en la Sentencia del Tribunal Supremo

Así, se estará actuando en error de prohibición cuando se desconozca la prohibición de la norma penal. Evidentemente, en la mayoría de delitos tradicionales el error tiene poco recorrido. Ahora bien, en aquellos delitos cuyos supuestos facticos estén preñados de conceptos técnico-jurídicos (como ocurren en el delito urbanístico) la eventual absolución (o atenuación de la pena) por un posible error de prohibición se vuelve una posibilidad perfectamente real²¹⁸.

429/2012, de 21 de mayo (Fundamento Jurídico cuarto).

²¹⁸ Asimismo, dentro de las posibilidades ofrecidas por el artículo 14 del Código penal, algunas Sentencias se han decantado por el error de tipo, hecho que comporta la absolución tanto si se determina el error vencible como invencible, al no contar el tipo urbanístico con una modalidad imprudente. De hecho, en la práctica el error de tipo es perfectamente plausible. En este contexto, y respecto al elemento subjetivo de la infracción urbanístico-penal, algunos Tribunales han venido exigiendo una especial intensidad del dolo que permita constatar que el infractor tiene plena conciencia de todos los elementos del tipo, no solo de la calificación del suelo como no urbanizable (del tipo básico: artículo 319.2 CP) o especialmente protegido (del tipo agravado: artículo 319.1), sino también de que realiza una obra que en ningún caso podrá legalizar en el futuro («no autorizable»): por ejemplo así se defiende en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 11 de septiembre. También, por ejemplo, en la Sentencia del Juzgado de lo Penal Número 2 de Sevilla, de fecha 28 de mayo de 2009, se absuelve al acusado en base al error de tipo a partir de los siguientes argumentos: «El problema principal radica en los elementos normativos contenidos en las dos figuras delictivas, como las referencias al carácter urbanizable o no del suelo o al carácter autorizado o autorizable de la construcción cuyo dominio no es fácilmente accesible a quien no es profesional del derecho o ejerce en ámbitos vinculados con el urbanismo. Esta configuración que se entiende concurre en este caso, debe llevar a calificar como error de tipo el sufrido por el acusado, con la consecuencia de excluir el elemento subjetivo del tipo y, por ende, la responsabilidad penal, por ser este delito de naturaleza esencialmente dolosa». Esta sentencia del Juzgado de lo Penal de Sevilla fue finalmente revocada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, 659/2009, de 5 de octubre. En esta segunda Sentencia la Audiencia aclara, en su Fundamento Jurídico quinto, que, entre otras consideraciones, a los acusados se les advirtió que compraban suelo no urbanizable y que en aquél quedaban prohibidos usos incompatibles con la finalidad agraria o que puedan dar

En nuestro caso, como ya hemos apuntado, parte del supuesto fáctico del delito urbanístico se completa vía remisión con el Derecho urbanístico, el cual constituye, posiblemente, una de las especialidades más complejas y confusas de todo el ordenamiento jurídico nacional. En este sentido se expresa, por ejemplo, el Informe de la Fundación Alternativas, en cuya página 17 puede leerse lo siguiente: «Todas las Administraciones públicas tienen competencias normativas en materia de urbanismo, lo que provoca que el panorama de las normas aplicables resulte bien confuso. En la actualidad, resultan aplicables: la Ley Estatal del Suelo y leyes sectoriales; las leyes urbanísticas autonómicas, una por Comunidad Autónoma (más, habitualmente, sus reglamentos); las normas urbanísticas de los instrumentos de planeamiento que tramitan en lo esencial los Ayuntamientos. Sólo la recopilación del conjunto de la normativa estatal y autonómica (sin contar la local) supera las 5.000 páginas»²¹⁹.

También PARADA VÁZQUEZ²²⁰ afirma que, en España, a diferencia de la mayoría de países de nuestro entorno, el Derecho urbanístico se configura

lugar a la formación de nuevos asentamientos, y especialmente se les advierte del régimen disciplinario sancionador establecido en la legislación urbanística, incluyendo la realización de obras incompatibles con la ordenación vigente.

²¹⁹ Informe de la Fundación Alternativas, de fecha 27 de junio de 2007, página 17: http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/publicaciones_archivos/xmlimport-fl5JRu.pdf (enlace consultado en fecha 20 de agosto de 2016).

²²⁰ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Urbanístico General*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 20. Este autor señala que «En el ordenamiento urbanístico español operamos, además de con las leyes estatales de aplicación a todo el territorio nacional y sus correspondientes reglamentos de desarrollo ejecutivo, con diecisiete leyes autonómicas que, a la luz de la STC 61/1997, tienen competencia exclusiva sobre cuestiones como planeamiento o instrumentos de ordenación urbanística, sistemas de ejecución, patrimonios de suelo, y, disciplina urbanística».

mediante una auténtica amalgama normativa que nada ayuda a clarificar una ya de por sí difícil disciplina jurídica. A mayor abundamiento, convengo con SANZ MULAS que la «complejidad de la normativa administrativa y su excesivo tecnicismo es, sin duda, un factor que complica sobremanera la tarea de determinar si estamos o no ante un delito urbanístico, disminuyendo con ello las posibilidades de su persecución y castigo²²¹».

Ahora bien, la tendencia jurisprudencial mayoritaria pasa por negar la posibilidad de error de prohibición en los delitos urbanísticos. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha fallado que: «la construcción de un error de prohibición en un mundo tan intercomunicado y permeable a la información, como el que vivimos, ofrece más dificultades que en otras épocas. No deja de ser una concepción teóricamente impecable, pero de complicado ajuste a la realidad. Hoy día el desconocimiento absoluto de la antijuridicidad de un hecho de esta naturaleza es de difícil acreditación en el caso concreto. Existe práctica unanimidad en considerar que no se puede construir el error de prohibición sobre la base de que el sujeto no conoce, de forma pormenorizada y con detalles técnicos, la normativa que está infringiendo. Un profano que, además, ha vivido durante años, sabiendo que se encontraba en las lindes de una zona de dominio público especialmente sensible, tiene la percepción natural y exigible a cualquier persona de que su actuación es contraria a la norma²²²».

O, también, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, 356/2010, de 20 de julio, se apunta que: «La jurisprudencia ha entendido que no cabe invocar

²²¹ SANZ MULAS, N, *Corrupción Urbanística (la mezcla de cemento, Ayuntamientos y comisiones ilegales)*, editorial La Ley, 2008, p 5.

²²² Sentencia del Tribunal Supremo 1067/2006, de 17 de octubre (Fundamento Jurídico Segundo).

el error de prohibición cuando se ejecutan conductas claramente desautorizadas por el ordenamiento jurídico, de modo que cualquiera sabe que están prohibidas, y que para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto de un proceder antijurídico, pues basta con que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, lo que por estimarse similar al dolo eventual no merece trato de benignidad alguno».

Pues bien, comparto que el error de prohibición es difícilmente soportable en el delito urbanístico, pero, sólo, para su tipo agravado. En este sentido, ciertamente asumir un error de prohibición del primer apartado del artículo 319 del Código Penal es complejo, ya que con este precepto se castigan las actuaciones urbanísticas ilegales levantadas sobre aquellos suelos *más protegidos* por el ordenamiento urbanístico y, por ende, cualquier ciudadano es capaz de albergar un mínimo de conciencia de antijuridicidad respecto las obras que, sin licencia municipal, se levanten en aquellos parajes. Ahora bien, en relación al segundo apartado del artículo albergo ciertas reservas.

Piénsese que el artículo 319.2 tiene como objeto material de protección todo tipo de suelo clasificado como *no urbanizable*, también pues aquel suelo *no urbanizable ordinario o común*, que se reserva de la urbanización sin reconocer en él alguna consideración de especial protección o interés reforzado de reserva natural, tipología de suelo que normalmente se sitúa limítrofe a los suelos urbanos consolidados y en el cual se encuentran levantadas normalmente distintas construcciones (legales e ilegales) diseminadas en su espacio. Aquí, no parece descartable que el responsable de la edificación tenga poca o nula conciencia de antijuridicidad penal (quizá sí conciba la posible ilegalidad administrativo-urbanística pero desconozca absolutamente que su acción sea delictual)²²³.

²²³ Cosa distinta es lo que la jurisprudencia ha denominado «error sobre la impunidad», esto es: la creencia de que, pese a llevar a cabo una construcción ilegal en suelo no urbanizable,

Pues bien, tenemos algunos pronunciamientos judiciales que nos ayudan a valorar este eventual escenario. Primero, según jurisprudencia relevante no cabe apreciar el error por el simple hecho de que exista un diseminado de construcciones similares en la zona, con la permisividad o pasividad de las instancias municipales. Sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2006, que incide además en la afirmación de que no cabe invocar error alguno cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el Ordenamiento Jurídico que todo el mundo conoce y a todos consta que están prohibidas, «no mereciendo otra calificación el hecho de edificar con recursos propios, sin licencia ni proyecto técnico, una edificación de nueva planta, pues es de notorio conocimiento que esos trámites son previos, con independencia de que sea o no concedida la licencia que, como acto reglado, sirve precisamente para depurar la adecuación al Planeamiento y la legalidad urbanística de lo proyectado y concederla, o en casos como el presente, de no ser autorizable, denegarla».

Asimismo, y en relación con el eventual error de prohibición penal, creyendo el responsable que su actuación ilegal tenía encaje como máximo en el catálogo de infracciones municipales urbanísticas, el Tribunal Supremo ha defendido que: «es pacífico y reiterado el criterio jurisprudencial de que no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, vías que todo el mundo sabe y le consta que están prohibidas. Cuando el sujeto conoce la concurrencia de los elementos objetivos que cualifican la infracción, el desconocimiento

aquello se acabaría legalizando por la fuerza de los hechos consumados. Al respecto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 711/2006, de 22 de diciembre, podemos leer que: «tal confianza en la impunidad no puede identificarse con ausencia de dolo ni con error jurídico excluyente de la responsabilidad penal y encuadrable en lo dispuesto en el art. 14.3 del Código Penal».

exacto de la calificación jurídica que su proceder merece constituye un error de subsunción penalmente irrelevante²²⁴».

(E) La prohibición de la analogía del Derecho penal en el delito urbanístico

Uno de los motivos que exigen la mayor taxatividad posible del precepto criminal es la prohibición de que la ley penal sea aplicada por medio de la analógica. En este sentido, en el primer apartado del artículo 4 del Código penal se señala que: «Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas»; y, se sigue apuntando, en el segundo apartado del mismo precepto, que: «En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal».

Por tanto, claramente, los jueces no pueden aplicar partes del texto punitivo a un supuesto distinto del previsto en aquél, ni, menos, castigar o sancionar penalmente una acción que no cuente con previsión sancionadora expresa y previa a su realización, aunque guarde similitudes con otro delito del Código penal. Estas subsunciones están prohibidas a la luz del principio de legalidad al constituir una aplicación analógica del precepto penal.

Frente a la analogía desfavorable (analogía *in malam partem*) cuya vigencia y exigibilidad no está discutida, la doctrina está dividida (no así la jurisprudencia que es constante en negar la aplicación analógica, incluso favorable, del precepto penal) sobre si debe aceptarse la aplicación analógica del precepto cuando está sea

²²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 171/2006, de 16 de febrero.

favorable (analogía *in bonam partem*).

Mi posición es contraria a tal posibilidad. Opino que la voluntad del legislador en este punto es transparente en el literal del artículo 4.3 del Código penal, cuando apunta que: «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*»²²⁵. A mayor abundamiento, debe recordarse que tanto el Proyecto del Código Penal del año 1980 como el Anteproyecto del Código Penal del año 1983 admitieron expresamente la analogía *in bonam partem*, pero, finalmente, el legislador decidió dejar fuera del texto definitivo tal posibilidad.

Ahora bien, ello no significa que el poder judicial esté sometido plenamente a los designios que el legislativo le haya impuesto por medio del texto legal. A diferencia de la analógica sí debe considerarse perfectamente lícita la interpretación

²²⁵ En base a ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido constante en negar la aplicación analógica de los preceptos penales también favorables, como las circunstancias eximentes. No obstante, esta posición jurisprudencial ha empezado a agrietarse a partir del Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Criterios, de fecha 1 de marzo de 2005, mediante el cual el Tribunal Supremo ha posibilitado la aplicación analógica de la excusa absolutoria patrimonial del artículo 268 del Código penal también para las parejas de hecho. Para llegar a esta interpretación se tuvo en cuenta, aparte de la realidad social, «en tanto que en este concreto aspecto el Código penal no responde a los parámetros de los modelos familiares actuales, la consideración de un criterio analógico a favor del reo, conforme a la Constitución, que conduce a aceptar la equiparación *entre el cónyuge y la persona ligada por una relación análoga de afectividad, a los efectos de aplicar la referida excusa absolutoria*»: Sentencia 91/2005, de 11 abril (Fundamento Jurídico cuarto).

restrictiva o extensiva del precepto penal.

La función interpretativa no desborda el marco gramatical del tipo sino que se mueve respetando sus márgenes y en tal limitación encuentra su legitimidad y oportunidad²²⁶. Por ejemplo, en base a la interpretación restrictiva del precepto penal, a la luz de la búsqueda de un interés material suficiente de antijuricidad, se han decidido atípicas conductas cuya apreciación objetiva literal permitían la subsunción mecánica en el precepto del delito urbanístico. Estas cuestiones de interpretación restrictiva serán desarrolladas en este trabajo al tratar las cuestiones vinculadas con el bien jurídico protegido del tipo urbanístico y su confluencia con las denominadas causa de atipicidad por insignificancia material de la antijuricidad.

(i) La analogía respecto de determinados tipos de suelos especialmente protegidos

En cuanto a la relación existente entre la relación del delito urbanístico y la analogía debemos traerá a colación, primero, algunas cuestiones sobre las tipologías de suelos especialmente protegidos y tutelados mediante el tipo cualificado del delito. En este sentido, en el primer apartado del artículo 319 se castigan las obras no autorizables levantadas en los lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural o, (y aquí viene lo relevante en la cuestión analógica) que por «los

²²⁶ Por ejemplo, MIR PUIG apunta que la «diferencia entre interpretación (siempre permitida si es razonable y compatible con los valores constitucionales) y analogía (prohibida si perjudica al reo) es la siguiente: mientras que la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su «sentido literal posible», la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal».

mismos motivos» hayan sido considerados de especial protección.

Cuando el tipo penal explícitamente señala la exigencia de «por los mismos motivos» debe entenderse que solamente serán subsumibles en el tipo agravado aquellas obras ilegales que se levanten en el suelo de especial protección a la luz de su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, ninguno más. Así, si se comete una infracción urbanística consistente en obras no autorizables levantadas en suelos especialmente protegidos por su valor, por ejemplo, forestal, cinegético o ganadero, el asunto debería resolverse por medio del tipo básico del delito urbanístico (o, en su caso, mediante el derecho administrativo sancionador).

Lo contrario, subsumir en el tipo especial la lesión material de un suelo que no goce de las características expresamente previstas en el primer apartado del artículo 319 del Código penal pasaría por una aplicación analógica del precepto cuya posibilidad, como ya he señalado, debe tacharse contraria al principio de legalidad penal.

(ii) La analogía respecto de los sujetos responsables del delito urbanístico

Finalmente, también podemos encontrar problemas de analogía penal en relación a los sujetos llamados a conformar el grupo de posibles autores del tipo urbanístico. En este contexto la jurisprudencia se ha venido peleando con la conceptualización del delito urbanístico como tipo común o tipo especial. Ciertamente en el delito urbanístico, tanto en el tipo básico como en el agravado, se señala que, en su caso, se castigará «a los promotores, constructores o técnicos directores».

A la luz de tal cuestión se han presentado numerosos escritos de defensa sosteniendo que el acusado no podía ser condenado como autor del delito urbanístico al no contar con los requisitos de especialidad exigidos en el precepto, esencialmente por no ser promotor, constructor o técnico director profesional o

habitual, alegándose con ello la naturaleza del tipo urbanístico como delito especial propio.

No obstante, si bien durante los primeros años de vigencia del precepto existió entre las Audiencias Provinciales una disparidad de criterios²²⁷, en cuanto, algunas consideraron que los términos «promotor» y «constructor» debían circunscribirse a quienes profesionalmente se dedicaran a tal actividad (quedando por tanto excluidas del ámbito de aplicación de la norma quienes de forma esporádica y no profesional ejecutasen una edificación o construcción), actualmente el criterio jurisprudencial, mayoritariamente consolidado, pasa por aceptar que el delito urbanístico es un delito común (salvo lo referente al técnico director, al cual se le exige una titulación concreta).

Por ejemplo, en el Fundamento Jurídico noveno de la Sentencia del Tribunal Supremo 676/2014, de 15 de octubre, en relación al concepto «promotor», podemos leer lo siguiente: «La jurisprudencia ha dejado claro que no estamos ante un concepto ligado a categorías profesionales sino ante una noción material que no es vicaria de categorías civiles o administrativas (más allá de que en la actualidad ese concepto pueda coincidir con la definición del art. 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación): STS de 26 de junio de 2001. Promotor es quien organiza la construcción e impulsa y encarga el proyecto, con independencia de que lo haga como profesional de la construcción o como particular. Un entendimiento diferente, además, arrastraría a un problema exegético no menor: las diferencias en la

²²⁷ Así, en las siguientes Sentencias, por ejemplo, se decidió que los constructores o promotores no profesionales no formaban parte del tipo penal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 15 de diciembre de 1998; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 28 de Mayo de 1999; Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 9 de septiembre de 1999; Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 15 de marzo de 2001; Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 28 octubre 2000.

conceptuación de lo que ha de entenderse por "promotor" en los ordenamientos autonómicos».

También, en el Fundamento Jurídico primero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña se señala que: «Se opone en esta alzada a tal conclusión alegando que la conducta descrita en el art. 319 CP sólo puede ser cometida por un técnico de la construcción, es decir, el promotor, el constructor o el técnico directos de la construcción o edificación. Esta Sala ha señalado ya con reiteración (sentencias de 7 de marzo y 26 de abril del 2000 y 6 de marzo del 2001) que el delito sobre la ordenación del territorio puede ser cometido por promotores o constructores que no se dediquen de modo habitual, profesional o empresarial a dichos cometidos, pues promotor es la persona que inicia, dirige, organiza y emplea los medios conducentes a hacer posible la construcción. En este sentido hemos dicho también que el tipo no establece la profesionalidad del autor como elemento delimitador de su ámbito subjetivo; que el bien jurídico protegido es quebrantado objetivamente de igual forma sea un profesional o un constructor o promotor ocasional quien realice la conducta, siendo no menores en determinadas zonas geográficas los estragos urbanísticos causados por quienes de modo absolutamente ilegal promueven o incluso dirigen construcciones para uso propio que los generados con intervención de profesional; y por último, que el hecho de que la conducta esté castigada con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio no determina que el tipo esté previsto sólo para quienes hayan hecho de la construcción o promoción inmobiliaria su profesión u oficio, ya que el Código Penal también prevé dicha pena como principal para otros delitos que no son especiales (vgr. aborto del art. 144, lesiones al feto del art. 157, delitos sobre el patrimonio histórico del art. 321, entre otros).

A mayor abundamiento, y en relación tanto a los términos constructor como promotor del delito urbanístico, en el Fundamento Jurídico primero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 464/2004, de 26 de octubre, podemos leer

que: «ha de entenderse por constructor o promotor tanto al profesional, como al que no lo es y ello por las razones que siguen: (i) La interpretación literal del art. 319 C.P. es clara en el sentido de que habla de «constructor» sin excepción alguna, ni matización de ningún tipo sobre que sea un constructor esporádico o dedicado profesionalmente a la ejecución de obras. (ii) La interpretación teleológica (art. 3 C.Civ) del precepto dubitado lleva a la misma conclusión, pues si de lo que se trata es de proteger el uso del suelo, conforme a las normas de ordenación urbanística; tal pretensión es aplicable a cualquier persona que construya, sea o no un profesional de la construcción. Lo protegido con el tipo penal es la regularidad urbanística y tal regularidad puede ser vulnerada por cualquier persona que construya, ya lo haga como una actividad profesional, ya lo haga como una actividad complementaria y aislada, ya tenga cualificación profesional y administrativa para construir o no la tenga. Es evidente, que la sola inclusión del constructor profesional privaría de eficacia al precepto debatido, pues permitiría a quien no es constructor, pero es titular de un terreno, construir en la forma que tuviera por conveniente, sin someterse a la disciplina urbanística y sin serle de aplicación uno de los elementos del cumplimiento de tal disciplina, como es el art. 319 CP y la tipificación de las conductas contrarias a la ordenación del territorio. Máxime cuando en muchas ocasiones son precisamente los no profesionales de la construcción quienes realizan los ataques más serios y reiterados al orden territorial».

Pues bien, me permito discrepar de tal línea jurisprudencial. Personalmente interpreto que el tipo descrito en el artículo 319 del Código penal pasa por ser un delito especial propio cuyos autores únicamente podrán ser aquellos promotores, constructores, o técnicos directos, que, dentro de un marco de profesionalidad, mercantilidad o habitualidad, participen en la ejecución de unas obras de edificación, construcción o urbanización no autorizables en alguno de los suelos tutelados por el precepto penal²²⁸. Es más, opino que actualmente incluir a los constructores

²²⁸ Debemos diferenciar claramente el delito urbanístico, que defendemos residen en un

o promotores no profesionales en el espacio de punibilidad del delito urbanístico supone aplicar analógicamente el precepto a supuestos en él no previstos.

Primero, desde un argumento a la luz de una interpretación literal del precepto, debe asumirse que el legislador penal decidió a conciencia el actual redactado del artículo 319 del Código penal, utilizando, en relación a los sujetos amenazados con pena, los «sustantivos» constructor, promotor o técnico director. Si se hubiera querido dar la forma del delito común al precepto se habría podido utilizar perfectamente la forma genérica de «el que», más el pretérito imperfecto del verbo subjuntivo «construyera, promoviera o dirigiera».

Segundo, y, sobre todo, desde un argumento a la luz de una interpretación teleológica del precepto, en el marco de su antijuricidad material, opino que el bien jurídico protegido del delito urbanístico es la utilización racional e inteligente del suelo atendiendo a su condición de bien natural limitado, cuya lesión tiene como presupuesto indiciario, previo y necesario, la infracción formal de la norma urbanística reguladora. En base a tal consideración defiendo que, para determinar el grado de antijuricidad penal de la acción deberemos analizar el grado de infracción urbanística, primero atendiendo al tipo de suelo afectado (grado de protección), y, después, a las condiciones particulares del sujeto responsable (grado de sometido

tipo especial, de los conocidos como delitos de infracción del deber, en este sentido: «En el delito de infracción de deber el autor tiene una relación institucional con el bien jurídico consistente en un haz de deberes para la protección y fomento del bien jurídico a él encomendado, siendo irrelevante la forma de cómo ha de ejercitarse la acción. En cambio, en el ámbito de los delitos especiales la realización delictiva descrita en el tipo es lo que produce la relación del autor con el bien jurídico; como los elementos de configuración de la acción vienen dados por el tipo, entonces no hace falta que el autor sea portador de ningún deber.»: CARO JOHN, J.A., Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf (enlace consultado en fecha 10 de marzo de 2018).

miento a la normativa reguladora urbanística atendiendo a su actuar como profesional del sector). En este sentido, no tiene el mismo grado de antijuricidad o desvalor de acción (y así considero que lo configuró el legislador penal español con el redactado del artículo 319 CP) la realización de unas obras ilegales ejecutadas por un profesional de la construcción, cuyo oficio le somete a un mayor grado de cumplimiento normativo, que la edificación levantada aisladamente, en el mismo tipo de suelo, por alguien ajeno al mundo de la construcción, como, por ejemplo, el agricultor que, propia mano, levanta una edificación menor o amplía el volumen de una caseta preexistente²²⁹.

²²⁹ En este sentido, me parece oportuno compartir lo dispuesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 114/1999, de 2 de noviembre, en cuyo Fundamento Jurídico primero se expone una argumentación jurídica en los mismos términos que mi interpretación de la cuestión: Estaríamos ante un delito especial propio en el que los sujetos activos únicamente pueden ser los «promotores, constructores o técnicos superiores» siempre que, en cada caso, concurra la nota de la profesionalidad. (...)El problema se viene advirtiendo desde el anteproyecto de CP de 1992; no en vano, en su negativo y contundente informe, el CGPJ ya decía que «si no se acota el círculo de los sujetos activos al ámbito de los empresarios y profesionales y se prescinde del grave daño a los intereses protegidos por el planeamiento urbanístico, la esfera de las conductas punibles resulta desmesurada. Sería autor del delito el particular que por sus propios medios se construye en suelo ni urbanizable una chabola de segunda residencia, o el que instala un chiringuito playero de cierta permanencia». Y no le faltaba razón al CGPJ cuando tan expresivo análisis realizaba; en la práctica, casos como los citados son los que llegan a los Tribunales, y es difícil asumir que el delito urbanístico diseñado en el CP quede referido a casos como el de autos. De haber sido así, la dicción literal del precepto habría de haber sido mucho más expresa, la mención «al que construya» como sujeto activo del delito permitiría descartar las dudas que ahora se plantean. Ha de insistirse en la utilización como criterios interpretativos de las consecuencias que se siguen de los principios de intervención mínima y proporcionalidad; en concreto, del carácter fragmentario del Derecho Penal se desprende que su protección no alcanza a todos los bienes jurídicos sino solo a aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, su tutela a las conductas que atacan de manera más intolerable tales bienes, de forma tal que actuará sus normas únicamente cuando el orden jurídico solo pueda ser preservado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal. En suma, entiende la Sala que ante las dificultades hermeneúicas referidas,

Como hemos visto más arriba, uno de los argumentos que la jurisprudencia utiliza para decidir la no especialidad del tipo urbanístico es el eventual espacio de impunidad que se propiciaría si se limitara el elenco de posibles autores. Pues bien, es importante que destaquemos que la conceptualización del tipo urbanístico como tipo especial no propiciaría espacios de impunidad. Todo al contrario, propiciaría una mayor racionalidad a la hora de clasificar las distintas infracciones urbanísticas y ayudaría, con ello, a la siempre necesaria sumisión del Derecho penal al principio de intervención mínima. Piénsese en los siguientes ejemplos. Si algún promotor o constructor profesional del sector es responsable de una construcción no autorizable en suelo protegido será autor del delito urbanístico y responderá ante la jurisdicción penal. Por el contrario, si un particular aisladamente y de forma ocasional levanta, propia mano, una edificación ilegal, estaremos ante una infracción del ordenamiento urbanístico sancionador, y, por ello, deberá responder demoliendo a su cargo las obras ilegales más pagando la sanción administrativa correspondiente.

Asimismo, como hemos visto más arriba, otro argumento de la Audiencia Provincial de Madrid pasa por señalar que «en muchas ocasiones son precisamente los no profesionales de la construcción quienes realizan los ataques más serios y reiterados al orden territorial». No estoy de acuerdo con tal afirmación, no al menos, sin otros sujetos profesionales coadyuvantes que participen en la ejecución de las obras urbanísticas ilegales²³⁰. En este contexto, es obvio que si el particular

se impone una interpretación restrictiva del art. 319 CP, reservándose la sanción penal para las acciones más graves y dañosas para la ordenación del territorio, acciones que, necesariamente, habrán de coincidir con aquellas actuaciones urbanísticas que requieren un mínimo potencial económico y cierta organización profesional. Debe resaltarse, por último y como usualmente se hace, que existe un argumento ajeno a razones de política criminal que se refiere a la obligatoria imposición de la pena de inhabilitación especial, pues carece de sentido su imposición a quien no ejerce una actividad relacionada con la actividad penada».

²³⁰ Distinto es plantearse la capacidad lesiva del particular en la lesión bien jurídico medio ambiente, cuya tutela penal reside en el los artículos 325 y ss. del Código penal y que,

pretende levantar o construir una edificación de cierta entidad volumétrica, con mayor potencialidad lesiva al bien jurídico protegido, precisará de los servicios de profesionales de la construcción, y, por ello, aquí también estaríamos ante un supuesto subsumible en el tipo penal, solucionándose el asunto en el marco de las teorías consolidadas de la participación del «extraneus» en el delito especial (participando el profesional como autor del delito urbanístico y el particular como inductor o cooperador necesario del mismo)²³¹.

En definitiva, al defender la especialidad del tipo urbanístico no se está propiciando la impunidad de algunas conductas contrarias a la ordenación territorial. Solamente se está intentando racionalizar la intervención del Estado en la tutela de los interés urbanísticos, asumiendo que el Derecho administrativo sancionador pueden resolver la mayor parte del trabajo, dejándose para el Derecho penal, a la luz del principio de intervención mínima, los casos de mayor grado de antijuricidad y desvalor.

evidentemente, pueden realizar como autor cualquier persona. A diferencia de la lesión medioambiental, la lesión grave al interés ordenación del territorio y urbanismo está limitada a las capacidades materiales que disponen los profesionales del sector de la urbanización, construcción o edificación. Insisto, el particular que no tenga (o haya tenido) la condición de profesional del sector, por medio de su construcción asilada también puede lesionar el interés urbanístico pero, si no cuenta con ayuda de terceros especiales, el menor resultado lesivo finalmente obtenido invitará a ventilar tal infracción en instancias anteriores a la intervención penal, como el uso en este caso del derecho administrativo sancionador.

²³¹ Ciertamente, con la notable importancia que para el «extraneus» tiene el artículo 65.3 del Código penal: «Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate».

Finalmente, y en relación con todo lo anterior, quiero señalar que los conceptos constructor y promotor los interpreto como elementos descriptivos no normativos del tipo penal. A mi juicio, no debe buscarse una normativa extrapenal que defina estos conceptos. Así, es constructor a efectos penales cualquier persona que se dedique de forma profesional o habitual a la construcción y que disponga objetivamente los conocimientos del oficio para llevarlo a cabo. Y, es promotor a efectos penales cualquier persona que se dedique profesionalmente a la promoción en el sector de la construcción inmobiliaria o urbanística²³².

²³² A diferencia de lo defendido en este estudio, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo 1250/2011, de 26 de junio, se señala que: «sólo los técnicos deben poseer la titulación que profesionalmente les habilite para el ejercicio de su función, mientras que el promotor, sea o no propietario, no precisa condición profesional alguna, y los constructores la mera capacitación profesional». También, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 198/2013, de 31 de octubre se señala que: «el artículo 319 del Código penal se refiere a tres posibles sujetos activos de la infracción penal, el promotor, el constructor y el técnico director, y sólo respecto a éste es exigible el requisito de la profesionalidad, en el sentido de contar con capacitación técnica reconocida por un título oficial. Sin embargo, promotor de una obra puede serlo tanto quien se dedique profesionalmente a ello, como el dueño de la obra que encarga a otro la ejecución. Igualmente, es constructor tanto el que se dedica profesionalmente a la ejecución de obras de construcción, como quien realiza una autoconstrucción».

CAPÍTULO CUARTO. EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS EN EL DELITO URBANÍSTICO

SUMARIO: I. CUESTIONES PREVIAS. 1. ¿Qué es un bien jurídico? 2. Funciones prácticas del principio del bien jurídico protegido. (A) La función *crítica* o *limitadora* del bien jurídico (B) El bien jurídico como método de interpretación del tipo penal. II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO URBANÍSTICO. 1. Delito urbanístico y Constitución española. (A) El interés ordenación de los usos de la «propiedad privada» a la luz de su «función social». (B) El interés protector del suelo en su consideración de elemento natural. (C) El control de la actividad inmobiliaria con el fin de proteger el derecho a una vivienda digna. 2. Estudio del interés medioambiental como posible bien jurídico del delito urbanístico. 3. Los valores ordenación del territorio y urbanismo como bienes jurídicos protegidos en el delito urbanístico. (A) El concepto «ordenación territorial». (B) El concepto «urbanismo». (C) Conclusiones conceptuales: la ordenación, inteligente y racional, del usos del suelo como interés urbanístico tutelable. 4. El elemento natural «suelo» como objeto material del delito urbanístico. III. EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA EN EL DELITO URBANÍSTICO. 1. El principio de Intervención mínima en relación al artículo 319.1 del Código penal: tipo básico del delito urbanístico. (A) Diferenciación de carácter formal: obras «no autorizables». (B) Diferenciación de carácter fragmentario: suelos especialmente protegidos. 2. El Principio de Intervención mínima en relación al artículo 319.2 del Código penal: tipo básico del delito urbanístico. (A) Algunos ejemplos prácticos de Leyes autonómicas que permiten utilizar el recurso del suelo no urbanizable ordinario, genérico o común. (B) Comentario sobre la Consulta de la Fiscalía General del Estado, 1/2003, de 25 de julio. (C) Toma de posición personal: propuesta de «lege ferenda». 3. Consecuencias del principio de intervención mínima respecto a la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito urbanístico: lesión del principio de proporcionalidad.

I. CUESTIONES PREVIAS:

1. ¿Qué es un bien jurídico?

En la actualidad, la Doctrina mayoritaria afirma que el Derecho penal es un medio de control social formalizado e institucionalizado que sirve para prevenir los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes²³³.

No obstante, no puede desconocerse que en los últimos años la anterior afirmación ha sido contestada por algunos autores, los cuales, «niegan, en mayor o menor medida, que la finalidad del Derecho penal sea la de proteger bienes jurídicos, manteniendo JACKOBS y su escuela, por ejemplo, que esa finalidad

²³³ Aunque no todos los países de nuestro entorno cultural incorporan en su Derecho penal la teoría del bien jurídico protegido. En concreto, tal y como señala CLAUS ROXIN, «el concepto de bien jurídico protegido es irrelevante, por ejemplo, en Francia o los EE.UU» ahora bien, el mismo autor nos avisa que, «sin embargo, el penalista norteamericano DUBBER subraya, al menos, que sería positivo que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia en los Estados Unidos se refirieran a un concepto de bien jurídico sistemáticamente unitario» y que, «por otra parte, el *harm principle* desarrollado en el Derecho penal anglo-americano –esto es, la limitación de la sanción jurídico-penal a modalidades de comportamiento que generen un daño- es próximo al principio de protección de bienes jurídicos»: ROXIN CLAUS, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, 2013.

consistiría en la protección de la vigencia de la norma»²³⁴. No es esta la posición mantenida en esta obra.

Personalmente considero que debe reivindicarse la utilidad práctica del bien jurídico protegido en el ámbito del Derecho penal, constituyendo éste «una garantía fundamental del Derecho penal moderno²³⁵». Por ello, antes de entrar a desarrollar las cuestiones específicas y particulares del bien jurídico protegido del delito urbanístico, resumiré las principales cuestiones de la teoría del bien jurídico protegido, como son su naturaleza, funciones, ámbito de actuación y alcance. Con ello, en suma, intentaré (al menos de forma sucinta) defender la importancia de la teoría del bien jurídico protegido en el ámbito del Derecho penal.

En este contexto, el libre desarrollo de la personalidad en sociedad²³⁶ precisa de una serie de presupuestos que pueden conceptualizarse como bienes, y, en tanto que éstos sean reconocidos y tutelados por el ordenamiento jurídico, serán bienes jurídicos²³⁷. Así, el concepto del bien jurídico puede utilizarse tanto desde

²³⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E, «Presentación», en ROLAND HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 11.

²³⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 267.

²³⁶ El artículo 10 de la Constitución española, dentro del Título I (de los derechos y deberes fundamentales) declara fundamento del orden público y la paz social el «libre desarrollo de la personalidad».

²³⁷ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M, *Derecho Penal Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 63, donde también señalan que: «Así pues, bienes jurídicos son aquellos *presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social*».

un punto de vista de política criminal como desde un punto de vista dogmático. En el primer escenario el bien jurídico servirá para elegir los objetos concretos que deben (o deberían) ser protegidos jurídicamente (esquema de *lege ferenda*) y, en el segundo, el bien jurídico será aquél objeto o interés concretamente protegido por el Derecho (esquema de *lege lata*)²³⁸.

Ahora bien, qué intereses concretos deberían elevarse a la categoría de bien jurídico y, con ello, gozar de protección penal, nunca ha sido una cuestión fácil de resolver. Todavía hoy no se ha alcanzado un acuerdo doctrinal pacífico a la hora de definir los límites materiales de este principio. Esta cuestión constituye una de las principales contingencias a la que debe enfrentarse la teoría del bien jurídico protegido²³⁹. En este contexto, no puede desconocerse que los mismos autores que defienden la importancia y relevancia práctica del principio del bien jurídico protegido reconocen, a su vez, que éste principio, «en el que se subsumen las más diversas definiciones, carece de contornos precisos²⁴⁰».

²³⁸ MIR PUIG, S: *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2016, p.172. También NAVARRO CARDOSO, F, *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho penal*, Madrid, Colex, 2001, p. 70.

²³⁹ Por ejemplo, ROXIN asegura que «de qué sea un bien jurídico hay tantas y tan distintas opiniones que solo se puede discutir con sentido sobre este tema si previamente se aclara qué es lo que uno mismo entiende por bien jurídico y de dónde infiere la limitación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos»: ROXIN, CLAUDIUS, "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?", en ROLAND HEFENDEHL (ed.) *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamentos de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

²⁴⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E, en ROLAND HEFENDEHL (ed.) *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p 11. Reconociendo este mismo autor que incluso, y de forma excepcional, «en algunos tipos penales es difícil determinar qué bien jurídico estarían tutelando.»

De entrada, quiero señalar que acojo una visión iuspositivista del ordenamiento jurídico, y, por ello, considero que todos los Derechos, también los fundamentales, nacen del acuerdo político-legislativo, alejándome de visiones iusnaturalistas que deducen un supuesto Derecho preexistente por medio de la razón humana. En coherencia, entiendo que los bienes jurídicos protegidos son hijos de su tiempo y circunstancias, y, por ello, no son conceptos universales cuya legitimidad pueda deducirse con metodologías apriorísticas²⁴¹. Así, desde un punto de vista formal el bien jurídico protegido es un instrumento creado por el Derecho. Es decir, un determinado interés tendrá la consideración de bien jurídico protegido en tanto que su tutela y protección estén encomendadas al ordenamiento jurídico²⁴². Ahora bien, qué requisitos deben exigirse a un determinado interés para poder considerarlo legítimamente bien jurídico protegido es una pregunta de difícil respuesta.

Algunos intereses no plantean especiales objeciones a la hora de ser considerados bienes jurídicos. Por ejemplo: la vida humana, la salud, la libertad o el patrimonio son intereses fundamentales sin los cuales ningún individuo podría lograr plenamente el desarrollo de su plan vital. No vivimos en un mundo ideal, la realidad de nuestro entorno está preñada de actos violentos y escenarios peligrosos. Los ataques por parte de otros miembros de la comunidad es una posibilidad real

²⁴¹ En términos similares, hablando en su caso de los derechos fundamentales, ALVAREZ CONDE, E, *Curso de Derecho Constitucional, Volumen I, El Estado constitucional, El sistema de fuentes y Los derechos y libertades*, 5ª edición, Madrid, Tecnos, 2005, p. 322: «Los derechos fundamentales no pueden ser concebidos como una categoría conceptual absoluta, con carácter permanente e inmutable, sino que tienen un significado marcadamente contingente, nunca válido para todo tiempo y lugar (...).»

²⁴² VON LISZT, F, *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*, traducido por JIMÉNEZ DE ASÚA, Madrid, 1916, p.6

y, por tanto, estos intereses fundamentales, los más importantes de cuantos contamos, deben elevarse a la categoría de bienes jurídicos protegidos²⁴³.

De hecho, de antiguo se protegen en nuestros ordenamientos jurídico-penales este tipo de bienes jurídicos, configurándose éstos como intereses tradicionales o *bienes jurídicos individuales*. La batalla ideológica, por ello, se encuentra en otro campo de intervención legislativa. Por un lado, en el de los nuevos intereses sociales (difusos y generales) nacidos a partir del fenómeno de la expansión del Derecho penal, intereses que se han conceptualizado como *bienes jurídicos colectivos*.

Efectivamente, a partir de la nueva realidad del Derecho penal²⁴⁴, encontramos otros intereses sociales protegidos penalmente, que se han elevado a la categoría de bienes jurídicos colectivos asumiendo que su protección interesa al grupo social en su conjunto. En general la doctrina acepta la incorporación de estos intereses macrosociales al catálogo de bienes jurídicos protegibles. La excepción más relevante la encontramos en la Escuela de Frankfurt, cuya línea argumental, encabezada por HASSEMER, defiende que solamente deberían poderse categorizar como bienes jurídicos protegidos los bienes jurídicos individuales. No

²⁴³ Tal y como señalan MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M, «sería mejor o, por lo menos, más agradable que alguna vez la violencia dejara de gobernar las relaciones humanas. Pero en ningún caso podemos deformar ideológicamente los hechos y confundirlos con nuestros más o menos buenos o bienintencionados deseos»: MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M, *Derecho Penal Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 31. También QUINTERO OLIVARES nos recuerda que «El ideal abolicionista de una sociedad que no necesitara usar la represión es, por desgracia, una utopía»: QUINTERO OLIVARES, G, (Dir.), *Derecho Penal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 22.

²⁴⁴ En el primer Capítulo de esta obra se ha tratado el fenómeno de la expansión del Derecho penal a cuestiones o sectores históricamente protegidos (u ordenados) por otros ordenamientos jurídicos, como el Derecho administrativo o el Derecho civil.

comparto esta posición académica²⁴⁵. En este contexto, considero que el Derecho penal debe actualizarse según el modelo de sociedad en la cual tiene que ser aplicado. El Código Penal sirve para tutelar los intereses más importantes para el individuo o la sociedad, sin que quepa oponerse posiciones limitadoras de corte clasista que pasarían por asumir que los intereses de la clase propietaria seguirían tutelados por el Derecho penal pero, que los intereses de la comunidad en su conjunto, aun demostrándose fundamentales para el libre desarrollo en sociedad, fueran despreciados y relegados sin excepción a instancias inferiores²⁴⁶.

Entre estos intereses colectivos respecto de los cuales el Derecho Penal debe intervenir podemos encontrar ejemplos como, además de la ordenación del

²⁴⁵ Tampoco, por ejemplo, ACALE SÁNCHEZ, autora que oportunamente critica que si el Derecho penal no puede ocuparse de los intereses colectivos ello implicaría inescindiblemente no intervenir en comportamientos que afectarían, por ejemplo, «al colectivo de trabajadores obligados a trabajar en condiciones peligrosas para su vida o su salud, porque así los empresarios ahorran costes; al disfrute por parte de la colectividad de los espacios verdes, a manos de aquellos constructores que se lucran con la función social de la propiedad, etc; la apropiación del patrimonio público por parte de los funcionarios encargados de su distribución según criterios de razonabilidad cuando lo hacen según sus particulares necesidades.» ACALE SÁNCHEZ, M, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, 1ª edición, Barcelona, Bosch, 2011.

²⁴⁶ En términos más categóricos expresa su crítica a la Escuela de Frankfurt PORTILLO CONTRERAS, autor que señala lo siguiente: «en realidad, esta propuesta es claramente discriminatoria pues no hace sino confirmar lo que todos sabemos: que la prisión queda reducida a la lesión de los intereses de la propiedad individual, mientras que las minorías propietarias se ven relegadas del derecho a ser privados de libertad satisfaciendo sanciones económicas»: PORTILLO CONTRERAS, G, «La protección del derecho al medio ambiente y los derechos económicos-sociales en un periodo de crisis del Derecho y del Estado de Derecho» en QUINTERO OLIVARES, G, y, MORALES PRATS, F (Coords.), *Estudios de Derecho ambiental*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 283.

territorio y el urbanismo objeto de esta obra, el medio ambiente, la salud pública, la seguridad colectiva, la organización política, etc²⁴⁷.

Ahora bien, sí considero que la legitimidad de estos intereses colectivos debe quedar subordinada a un doble juicio de legitimidad ulterior, a saber: (i) que pueda demostrarse que con su protección, en última instancia, también se está sirviendo al desarrollo en sociedad del ciudadano individual; y, (ii) que no puedan tutelarse eficazmente esos intereses colectivos con otra medida menos gravosa que el recurso penal. De lo contrario, la necesidad real de este tipo de delitos sería discutible. En este punto ROXIN señala, por ejemplo, que fácilmente podrá observarse como algunos bienes jurídicos colectivos o generales como «una

²⁴⁷ En este sentido, y vinculado con las nuevas expectativas de tutela colectiva, QUINTERO OLIVARES explica que: «Con grandes dificultades el español medio fue adquiriendo la conciencia de que, por obra de la Constitución, dispone de un patrimonio político subjetivo, que en muchos aspectos tendrá que proteger el Derecho penal. Pero hoy, y con mucha rapidez, asume su coparticipación en la titularidad social y colectiva de esenciales bienes y valores, como puedan ser la salud, la educación o el medio ambiente. Los derechos sociales han generado, como es lógico, expectativas de conducta de los poderes públicos de los que se esperan, legítimamente, actos concretos encaminados a la preservación de esos bienes o al desarrollo de las llamadas promesas constitucionales. El Derecho penal no puede ser ajeno a ello y, consecuentemente, ha tenido que incorporar nuevas áreas de intervención en coherencia con esa transformación del orden de valores colectivo propiciado por la Constitución, y así se han de entender, con sus virtudes, limitaciones y defectos, los delitos de riesgo colectivo, los ambientales, económicos, los relativos a la corrupción, a la discriminación, a los deberes de los funcionarios públicos, que han experimentado una progresiva adaptación al marco constitucional, de acuerdo con la evolución social reciente»: QUINTERO OLIVARES, G, (Dir.), *Derecho Penal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 27.

Administración de justicia ordenada y una moneda intacta son necesarias para el libre desarrollo del sujeto en sociedad»²⁴⁸.

Asimismo, en la actualidad, algunos autores discuten sobre la idoneidad, o no, de los *sentimientos humanos* como intereses tutelables por el Derecho penal y, con ello, su reconocimiento como bienes jurídicos penalmente protegidos. Posiblemente, esta discusión jurídica nace a raíz de algunos nuevos tipos penales controvertidos, en los cuales, los defensores del principio de protección de bienes jurídicos encuentran (aun admitiendo una correcta y conveniente tipificación del precepto) dificultades para encontrar un fundamento de tutela. Ejemplo paradigmático de lo mismo lo encontramos en el actual artículo 337 del Código Penal, el cual, castiga con penas de prisión a los que maltraten a determinados animales. Ciertamente, en la actualidad, existe un sentimiento de dolor o malestar cada vez más generalizado en la sociedad cuando se contemplan actos injustificados de maltrato animal. Ahora bien, elevar a la categoría de bien jurídico este sentimiento, simplemente por ser un *sentimiento dominante o mayoritario* en una determinada sociedad se enfrenta a todo tipo de objeciones de coherencia jurídica, al menos, si aceptamos que el sentimiento, por ejemplo, del rechazo a la homosexualidad, aun en un eventual escenario de aceptación social mayoritaria, no justificaría, a la luz del principio del bien jurídico protegido, la punición de esas conductas humanas libremente consentidas.

En este contexto, creo que el profesor GIMBERNAT ORDEIG da una respuesta muy satisfactoria a esta controversia, defendiendo la legítima punición de las conductas de maltrato animal en la posible conceptualización de un determinado sentimiento humano colectivo como bien jurídico protegido, siempre que aquél sea

²⁴⁸ ROXIN, CLAUDIUS, "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?", en ROLAND HEFENDEHL (ed.) *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamentos de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 448.

un *sentimiento legítimo*, esto es: que para la tutela de ese sentimiento no sean lesionados derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, como si ocurriría, por ejemplo, en el caso de castigarse penalmente la homosexualidad²⁴⁹.

Se observa, con lo señalado en los últimos párrafos, la difícil conceptualización material del bien jurídico protegido. De todos modos, considero que la doctrina debe procurarse los instrumentos dogmáticos suficientes para poder identificar y desprestigiar todo aquél bien jurídico ilegítimo, es decir, aquél interés tipificado que no cuente con las características exigibles a un bien jurídico legítimo. Entonces, la pregunta pertinente es la siguiente: ¿Qué características deben exigirse a un bien jurídico para que podamos aceptar su legitimidad?

De entrada, no podemos elevar a la categoría de bien jurídico un determinado valor o convicción moral. En este contexto SILVA SÁNCHEZ señala que

²⁴⁹ Así, este autor señala literalmente lo siguiente: «La punición de la conducta del maltrato de animales, por consiguiente, no puede encontrar su explicación ni en la vulneración de un derecho de aquéllos -porque ese derecho no existe-, ni en el «socialmente dominante» sentimiento de rechazo de esa conducta, porque, en este caso, ello justificaría también la prohibición penal de la homosexualidad si en una determinada sociedad «dominase» también socialmente el repudio de esa orientación sexual. (...) En mi opinión, y a diferencia de lo que sucede con la homosexualidad o con otras conductas sexuales libremente consentidas, donde el *sentimiento* de escándalo que pueden producir en la sociedad –independientemente de lo extendido y arraigado que pueda estar en ésta- no merece protección alguna, porque, como ya he señalado, entra en colisión con los derechos de los actores de la relación sexual constitucionalmente reconocidos en los arts. 10.1, 14 y 16 CE, el sentimiento de malestar que origina el «maltrato con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos causándoles la muerte o provocándoles lesiones que produzcan un grave menoscabo físico» (art. 337 CP) es un *sentimiento legítimo* sobre el que no puede prevalecer un *inexistente derecho* del maltratador a desarrollar libremente su personalidad haciendo sufrir a los animales.»: GIMBERNAT ORDEIG, E, en ROLAND HEFENDEHL (ed.) *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 17 y 18.

en el pasado reciente «ese puede haber sido el caso de la concepción del bien jurídico como «valor (espiritual-cultural)» difundida por el neokantismo, que prácticamente lo incapacita para cumplir fin limitador alguno²⁵⁰». Así, para que el principio del bien jurídico gozara de una efectiva capacidad crítica de la actividad legislativa, estableciéndose a su luz un marco de intereses protegibles fuera de los cuales las normas penales podrían tacharse de ilegítimas, se elaboraron los conceptos *sociológico-funcionalistas* del bien jurídico. Esta teoría permitió vincular la legitimidad del Derecho penal, en el marco del bien jurídico protegido, con la teoría de la *dañosidad social*.

En el marco de la anterior teoría, el Derecho penal y sus facultades de intervención deben quedar limitadas por los criterios de función y utilidad social que debe exigirse al ordenamiento jurídico en su conjunto, siempre (desde nuestra tradición liberal-ilustrada²⁵¹) procurándose el justo equilibrio entre el derecho a la

²⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 268, obra en la cual este autor sigue apuntando que: «si el bien jurídico se entiende únicamente como una «realidad valorada positivamente», parece obvio que bajo esa intitulación puede incluirse cualquier estado, convicción o principio, en función del sector social dominante en una sociedad determinada. La ineficacia garantística de la concepción espiritualista del bien jurídico como materialización de un valor se advierte tan pronto como se piensa en que el Derecho penal nacionalsocialista no tuvo dificultades importantes para acabar aceptando un concepto de bien jurídico de tal factura, rechazando inicialmente por sus connotaciones liberales».

²⁵¹ En términos históricos hasta el siglo XVIII los derechos y libertades individuales no empezaron a conceptualizaban como derechos fundamentales del ciudadano, antes éstos simplemente servían (salvo aislados ejemplos durante la época del Renacimiento) para limitar mínimamente el poder político y «consagrar derechos concretos, predicables de los individuos no en cuanto tales, sino en cuanto miembros de determinados estamentos o grupos sociales»: ALVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional, Volumen I, El Estado constitucional, El sistema de fuentes y Los derechos y libertades*, 5ª edición, Madrid, Tecnos, 2005, p. 302.

protección de intereses sociales y los derechos fundamentales individuales de los ciudadanos.

Por ejemplo, ROXIN defiende que el «Derecho penal tiene como finalidad procurar a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura, en la medida en que tales objetivos no puedan conseguirse mediante otras medidas socio-políticas menos intrusivas en la esfera de libertad de los ciudadanos» y, además, señala que «lo ideal es que el poder de intervención estatal y la libertad de los ciudadanos se lleven a un equilibrio que le garantice al individuo tanta protección como sea necesaria, pero también tanta libertad individual como sea posible²⁵².»

Por tanto, coherentemente, deben reputarse ilegítimas todas aquellas normas penales motivadas por simples intereses ideológicos o morales²⁵³.

²⁵² ROXIN, CLAUDIUS, "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?", en ROLAND HEFENDEHL (ed.) *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamentos de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 446 y 447, donde este autor sigue señalando que «Según la concepción ideal del contrato social, los ciudadanos, detentadores del poder estatal, ceden al legislador sólo aquellas facultades penales que son necesarias para alcanzar una convivencia libre y pacífica, y sólo en la medida en que este fin no se pueda conseguir por medios más suaves».

²⁵³ Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de mayo de 1994 podemos leer lo siguiente: «Es indudable que la doctrina y la jurisprudencia no han dado aún una respuesta definitiva a la cuestión de si las leyes que no protegen bienes jurídicos son o no constitucionalmente ilegítimas. Ciertamente es, sin embargo, que en el contexto de esta problemática en la doctrina se reconoce, al menos, que "la protección de normas morales, religiosas o ideológicas, cuya infracción carece de toda consecuencia social, es una cuestión que no pertenece a los propósitos de un Estado de Derecho democrático" y que el derecho general a la libertad de acción sólo debería ser limitado en los casos de infracción de "normas éticas elementales, cuya observancia

Es decir, una norma penal será ilegítima si en la base de justificación de la misma no puede hallarse ningún interés cuya protección sirva para garantizar el libre desarrollo de la persona en sociedad y, aquélla, responda únicamente a la voluntad ideológica mayoritaria manifestada en el parlamento en un determinado momento histórico. Así, dentro de la delimitación negativa del concepto bien jurídico protegido cabrían todas aquellas normas penales que tuvieran como objeto la protección de sentimientos o posiciones morales contrarias a los derechos humanos reconocidos tanto por nuestra constitución como por los Tratados Internacionales.

Asimismo, algunos autores han considerado que todo interés que quiera postularse como bien jurídico protegido debe encontrarse reconocido en algún precepto constitucional. No obstante, no considero conveniente exigir que todos los intereses susceptibles de protección penal, sin excepción posible, deban contar con consagración constitucional expresa²⁵⁴. Compartiendo esta opinión, por ejemplo, encontraríamos a ALONSO ÁLAMO, autora que defiende que «el reconocimiento del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no significa todavía que los

está impuesta no por sí mismas, sino para evitar efectos socialmente dañosos"».

²⁵⁴ En la línea argumentativa contraria se sitúa la mayoría de la doctrina consultada, así, por poner algunos ejemplos, NAVARRO CARDOSO, F, *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho penal*, Madrid, Colex, 2001, p. 74; QUINTERO OLIVARES, G, (Dir.), *Derecho Penal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 84; o, SILVA SÁNCHEZ, J. M, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p.274, en cuya obra señala que la «exigencia de una consagración constitucional, directa o indirecta, de los bienes penalmente protegibles me parece, pues, plenamente justificada, en la medida en que pone de relieve que una intervención tan intensa sobre el individuo como la pena sólo puede justificarse en caso de afectación de un elemento esencial de la vida en común, al que ha alcanzado el consenso plasmado en la Constitución. La idea de plasmación constitucional debe, pues, ser acogida por añadir un nuevo elemento limitador a las ideas ya reseñadas de afectación al individuo y dañosidad social».

bienes jurídicos, en sí, estén contenidos en la Constitución de donde el legislador penal se limitaría a extraerlos. Mucho menos significa que el Estado tenga el deber de incriminar las conductas que atenten contra derechos fundamentales. Significa tan sólo que, de acuerdo con la Constitución, los tipos penales se han de dirigir a proteger bienes jurídicos —deducibles o no de la Constitución— frente a las conductas más intolerables de acuerdo con las exigencias que dimanan de las bases constitucionales del principio de proporcionalidad²⁵⁵».

Piénsese que la Constitución española (del mismo modo que las mayoría de constituciones de los países nuestro entorno cultural) articula un procedimiento de reforma constitucional cuya complejidad compromete notablemente su éxito²⁵⁶. Además, más arriba he defendido que los intereses susceptibles de poder categorizarse como bienes jurídicos tienen un marcado carácter contingente y son tributarios de las características sociales de cada momento histórico. En este contexto, las características y necesidades de tutela de la sociedad española del año 1978 no son exactamente idénticas que las de la ciudadanía actual ni, menos, serán idénticas que las de la futura. Ejemplos como el citado más arriba, sobre el interés (muy minoritario durante la fase constituyente) del respeto al mundo animal son solo una muestra. Es más, incluso el bien jurídico protegido eventualmente justificante del delito urbanístico ha planteado serios problemas de encaje

²⁵⁵ ALONSO ÁLAMO, M, *Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos*, en «Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXIX, ISSN 1137-7550:61-105», 2009, p. 70.

²⁵⁶ Como es conocido, el artículo 168 de la Constitución dispone que para modificar el Título preliminar, el Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o el Título II: (i) se requerirá la mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes; (ii) después, las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras; y, (iii) finalmente, aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.

constitucional, cuestión ésta que será desarrollada en el punto II de este Capítulo, lugar que sobre ello me remito.

Mi posición, en definitiva, pasa por usar los preceptos constitucionales no como parámetros mínimos habilitantes, sino como garantías de tutela frente a un poder legislativo oportunista o poco respetuoso con los derechos fundamentales. Es decir, considero que un determinado interés social (individual o colectivo) podrá considerarse bien jurídico protegido aunque no tenga reconocimiento expreso y directo en la Constitución, salvo que, su protección mediante el Derecho penal lesione directa e injustificadamente algún derecho constitucionalmente reconocido²⁵⁷.

En suma, si queremos delimitar positivamente el concepto del bien jurídico, y si consideramos que la misión del Derecho penal de un determinado Estado pasa por asegurar a sus ciudadanos sus derechos fundamentales (reconocidos constitucionalmente), y, con ello, garantizarles la posibilidad de desarrollarse libremente en sociedad, por bienes jurídicos deberemos entender «todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad²⁵⁸.»

²⁵⁷ De nuevo, el ejemplo del maltrato animal me sirve como modelo de explicación a tal posición, en tanto en que éste interés, aun no teniendo reconocimiento expreso en la constitución -los animales no tienen derechos subjetivos al menos, no dentro de una visión iuspositivista del Derecho-, sí puede contar con tutela penal, ya que, nuestra *norma normarum* no limita la posibilidad de castigar a los que lesionen los legítimos sentimientos humanos de malestar frente al maltrato animal.

²⁵⁸ ROXIN CLAUS, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, 2013.

Finalmente, y antes de entrar a desarrollar las principales funciones del principio del bien jurídico, quiero señalar que la teoría del bien jurídico protegido no solamente preocupa al Derecho penal. En efecto, el principio del bien jurídico importa tanto al derecho penal como al derecho administrativo sancionador, es decir, afecta por igual a todo el ordenamiento jurídico punitivo del Estado acogándose en esta obra la teoría de la diferenciación cuantitativa (no cualitativa) de ambos ordenamientos sancionadores²⁵⁹.

De hecho, todas las normas prohibitivas comparten fundamento de punición. Ninguna norma que pretenda castigar una determinada conducta humana será legítima si detrás de la misma no hay un interés (o bien jurídico protegido) reconocible, cuya tutela sirva, al menos en última instancia, a la protección de los derechos individuales. Igualmente, cualquier norma punitiva que pretenda castigar algún comportamiento que tenga reconocimiento constitucional a través de los derechos fundamentales deberá tacharse de ilegítima y depreciarse por la doctrina²⁶⁰.

Por tanto, el Derecho penal no es el único medio de protección posible. Del listado de intereses que pueden clasificarse como bienes jurídicos protegibles por el Estado, y a la luz del principio de *última ratio*, el Derecho penal solamente debe proteger los más importantes y relevantes para el individuo y la sociedad (carácter subsidiario) y, únicamente frente a los ataques más graves e intolerables (carácter fragmentario) que aquéllos sufran. Los bienes jurídicos que no alcancen tal condición deben igualmente protegerse, pero su tutela, a la luz del principio de

²⁵⁹ Tema que desarrollaré con más precisión en el Capítulo IV de esta obra cuando estudie el delito urbanístico en el marco del principio de intervención mínima.

²⁶⁰ Evidentemente, ni el Derecho penal ni el Derecho administrativo pueden, por ejemplo, prohibir la homosexualidad o imponer segregaciones raciales en la sociedad.

intervención mínima, debe confiarse a otros medios de tutela y sanción menos gravosos, por ejemplo: una adecuada política social preventiva, o, quizá, la utilización de normas de carácter administrativo sancionador. En este contexto, las cuestiones de mínima intervención del Derecho penal, vinculadas a los distintos medios disponibles en Derecho para la protección del territorio y la ordenación urbanística, serán desarrolladas ampliamente en el Capítulo IV de esta obra.

En definitiva, un bien jurídico puede protegerse en sede penal o administrativa, siendo una cuestión ésta de política criminal. En la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 de junio, en relación al ámbito de protección del bien jurídico, también en sede administrativa, puede leerse lo siguiente: «Para llevar a cabo dicha interpretación, ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Cuarta de 29 Septiembre, 4 y 10 Noviembre 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio art. 25.3, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Debe añadirse que junto a las diferencias apuntadas en la aplicación de los principios inspiradores existen otras de carácter formal en orden a la calificación (delito o falta, o infracción administrativa), la competencia y el procedimiento (penal o administrativo con posterior recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa); ello, además del límite ya señalado respecto al contenido de las sanciones administrativas».

O, también, abundando en lo anterior, en el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo 752/2016, de 11 de octubre, podemos leer lo siguiente: «La coordinación de las medidas administrativas y penales para la tutela

urbanística no debe interpretarse en el sentido de que al derecho penal le corresponde un papel inferior o meramente auxiliar respecto del derecho administrativo: ambos se complementan para mejorar la tutela de un interés colectivo de especial relevancia, ocupando cada uno de ellos su lugar específico, conforme a su naturaleza. El derecho administrativo realiza una función preventiva y también sancionadora de primer grado, reservándose el derecho penal para las infracciones más graves.»

Atendiendo a todo ello, considero que cuando nos estemos refiriendo a bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal más precisa sería una definición como bienes jurídico-penales en contraposición con los bienes jurídico-administrativos, por lo que sería deseable que se generalizara esta terminología²⁶¹.

Resumiendo, el Derecho penal tiene por misión proteger determinados bienes jurídicos²⁶², los más importantes para el individuo y la sociedad, dejándose la tutela del resto en manos de otras instancias del ordenamiento jurídico, en especial el derecho administrativo sancionador. Y, en este orden de cosas, tendrá la categoría de bien jurídico todo aquel interés que, sin ser contrario a un derecho fundamental, sea presupuesto necesario para alcanzar el libre desarrollo de la persona en sociedad²⁶³. Si estos intereses son objeto de protección por medio del Derecho penal tendrán la consideración de bienes jurídico-penales.

²⁶¹ También, en estos términos, se expresa MIR PUIG, S: *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2016, p.172

²⁶² GIMBERNAT ORDEIG, E, en ROLAND HEFENDEHL (ed.) *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p 11.

²⁶³ Para ampliar estas cuestiones ver, entre otras, la monumental obra de FERRAJOLI, L, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2016, p. 472 y ss., donde señala que

2. Funciones prácticas del principio del bien jurídico protegido

(A) La función *crítica* o *limitadora* del bien jurídico protegido

Algunos autores han señalado que una de las principales funciones de la teoría del bien jurídico protegido es la *función limitadora* del poder legislativo. De hecho, desde hace más o menos quince años, la cuestión de si es posible limitar al poder punitivo del Estado con el instrumento del bien jurídico está en viva discusión²⁶⁴. La idea pasa por afirmar que en un Estado social y democrático de derecho los poderes públicos están sometidos a los principios constitucionales que rigen el ordenamiento jurídico y, por tanto, obviamente, el poder legislativo no puede, ni justificándose en una supuesta legitimidad democrática, castigar una determinada conducta simplemente porque le moleste, le disguste o le preocupe²⁶⁵.

«El primero y más elemental criterio es el de justificar las prohibiciones sólo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al derecho mismo, entendiéndose por ataque no sólo el *daño causado*, sino también -por ser inherente a la finalidad preventiva del derecho penal- el *peligro* que se ha corrido.

²⁶⁴ CLAUS ROXIN, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, 2013 (<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf> enlace consultado en fecha 28 de noviembre de 2017). En el artículo referenciado el autor apunta que el Tribunal Constitucional Federal afirmó en el año 2008 que el principio del bien jurídico no limita la facultad de criminalización del legislador alemán.

²⁶⁵ Tal y como nos recuerda ROXIN, «Conductas tales como la de criticar duramente al gobierno, profesar convicciones extrañas o comportarse en privado de forma divergente a lo prescrito por las normas sociales no será del agrado de aquella autoridad que aprecie una ciudadanía obediente, conforme y fácil de dirigir. La historia, incluyendo el presente, muestra numerosos ejemplos de sistemas de justicia criminal que pretenden reprimir tales conductas»: ROXIN CLAUS, "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?", en ROLAND HEFENDEHL (ed.) *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamentos de legitimación del derecho penal o juego de abalorios*

Al contrario, si el poder legislativo quiere prohibir alguna conducta, amenazando con pena al que la cometa, deberá someterse a los límites constitucionales que restringen su campo de actuación²⁶⁶. Ahora bien: ¿es el principio del bien jurídico uno de esos límites?

En nuestro sistema constitucional español el principio del bien jurídico no encuentra expreso apoyo en nuestra Ley Fundamental. Pese a todo a ello, algunos autores defienden que el principio del bien jurídico protegido es un principio general del derecho que cabe deducirse de la proclamación del Estado social y democrático de Derecho del artículo 1.1 de la Constitución. Así, por ejemplo, MIR PUIG, por citar sólo un autor, defiende esta idea, y señala que el reconocimiento de España como un Estado social y democrático de Derecho permite defender que la Ley penal deberá legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida, y sólo en la medida, de lo necesario para aquella protección²⁶⁷. Esta vinculación nos parece oportuna e inteligente, más a la luz del artículo 8 de la histórica Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, el cual determinaba que la Ley no podía establecer otras penas que aquellas estricta y evidentemente necesarias, artículo

dogmático?, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 443.

²⁶⁶ ALONSO ÁLAMO afirma que el «constitucionalismo contemporáneo, no se conforma ya con el reconocimiento formal de derechos fundamentales o con la proclamación del principio de división de poderes sino que transita hacia la progresiva afirmación material de los citados derechos, y se expande posibilitando la aparición de una nueva teoría del Derecho. El Estado de Derecho formal deja paso al Estado de Derecho material, a un Estado social de Derecho en el que significativamente todo el poder del Estado se halla sujeto a los derechos fundamentales»: ALONSO ÁLAMO, M, *Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos*, en «Estudios Penales y Criminológicos», vol XXIX, ISSN 1137-7550:61-105», 2009, p. 63.

²⁶⁷ Ver MIR PUIG, S, *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2016.

que ha servido a algunos autores para situar en él el origen del principio del Derecho penal de la exclusiva protección de bienes jurídicos²⁶⁸.

No obstante, la referida conexión no nos parece suficiente como para limitar de forma efectiva el poder legislativo. Parece poco probable que el Tribunal Constitucional llegara a declarar la inconstitucionalidad de un precepto penal con el fundamento de que tal nuevo precepto lesiona el principio del bien jurídico protegido al no respetar el artículo 1.1 de la Constitución²⁶⁹.

De hecho, en España, de antiguo, la doctrina constitucional es clara: la configuración de los bienes jurídicos protegidos atañe a la política criminal y es potestad exclusiva y discrecional del legislador²⁷⁰. A mayor abundamiento, en el

²⁶⁸ Así: TIEDEMANN KLAUS, «Constitución y Derecho penal», (traducción ARROYO ZAPATERO, L), en, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 33, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 145.

²⁶⁹ Incluso, el Tribunal Constitucional español (si bien en el análisis de la posible interdicción de la arbitrariedad normativa) resolvió que el legislador, en base a su legitimidad democrática, no tiene la obligación de explicar los motivos que le han animado a tomar una determina opción de política criminal: STC 49/2008, de 9 abril, Fundamento Jurídico Quinto.

²⁷⁰ Por ejemplo, en el Fundamento Jurídico Segundo del Auto 216/1996, de 18 de julio (Resolución que cuenta con numerosa cita jurisprudencial de la misma línea argumental), el Tribunal constitucional resolvió, expresamente que: «De acuerdo con dicha doctrina, sintéticamente resumida, corresponde a la potestad exclusiva del legislador configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que se pretenden evitar y las penas con las que se intenta conseguirlo (TC SS 65/1986, FJ 3.º; 160/1987, FJ 6.º b; TC A 949/1988). De modo que «en el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanar de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la CE, de un amplio margen de libertad que

año 2008 el Tribunal Constitucional Federal alemán (jurisprudencia constitucional de indudable importancia a la hora de marcar un patrón interpretativo en los países de su entorno jurídico-cultural) ha tenido oportunidad de resolver, categóricamente, que «del principio del bien jurídico no cabe deducir límites para la facultad de criminalización del legislador²⁷¹».

En este orden de cuestiones QUINTERO OLIVARES defiende que: «La relación entre leyes penales y Constitución es, por lo tanto, variable, y puede mostrarse de diferentes maneras. Hay principios penales esenciales como el de legalidad -y con él, la tipicidad- o el de prohibición de la retroactividad de los desfavorable, con claro respaldo constitucional. Pero eso no se puede decir, al menos con la misma rotundidad, de otros a los que ya se ha hecho mención, como pueden ser el de exclusiva protección de bienes jurídicos, el de intervención mínima, *extrema ratio*, culpabilidad, proporcionalidad. De esos principios se puede tratar tan solo cuando se produce un debate legislativo, pero fuera de esa oportunidad es claro que no se pueden someter, aun en el caso de que una ley penal los transgreda, y la razón es, simplemente, la falta de posible fundamentación constitucional²⁷²».

deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del texto constitucional, dispone para ello de una plena libertad».

²⁷¹ ROXIN CLAUS, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, 2013, p. 2.

²⁷² QUINTERO OLIVARES, G, (Dir.), *Derecho Penal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 112.

En definitiva, creo que actualmente el principio del bien jurídico protegido no es un límite que pueda oponerse ante el actuar caprichoso o innecesario del poder legislativo y que, en el ámbito de la creación del Derecho penal (distinto será en el escenario de la interpretación de la norma penal) difícilmente será sostenible tal limitación dogmática. Ahora bien, más allá del principio del bien jurídico sí existen una serie de principios constitucionalmente reconocidos que pueden (y deben) oponerse al legislador contemporáneo, como son, entre otros, el respeto a la jerarquía normativa, la intangibilidad de los derechos fundamentales, el principio de legalidad y, también, y sobre todo, el principio de proporcionalidad vinculado inescindiblemente al principio de intervención mínima²⁷³.

Es decir, concluyo, del mismo modo que QUINTERO OLIVARES, que «el normativismo apoyado en la constitución es el camino razonable que ha de seguirse en la búsqueda de la razón (o sinrazón) de las leyes penales²⁷⁴», pero, en mi caso, considero, además, que el legislador solamente suspenderá en el juicio de oportunidad cuando pueda demostrarse que la nueva Ley penal lesiona un derecho fundamental constitucional de forma injustificada o desproporcionada. Por todo lo anterior, a la luz del principio del bien jurídico creo que es más oportuno hablar de

²⁷³ Comparto aquí la opinión de ALONSO ÁLAMO cuando señala que el principio constitucional que sí puede oponerse como límite al poder legislativo es el principio de proporcionalidad: «la discrecionalidad legislativa ha de responder también, además de a razones de oportunidad, a criterios de corrección constitucional, en particular a las exigencias que dimanan del principio de proporcionalidad.»: ALONSO ÁLAMO, M, *Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos*, en «Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXIX, ISSN 1137-7550:61-105», 2009, p. 67. En este contexto, las cuestiones vinculadas al principio de proporcionalidad y, con ello, los comentarios vinculados a la posible inconstitucionalidad del delito urbanístico por lesionar tal principio, serán tratadas en el Capítulo IV de esta obra.

²⁷⁴ QUINTERO OLIVARES, G, (Dir.), *Derecho Penal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 86.

una *función crítica* respecto del actuar deficiente del legislador y no pensar en una *función limitadora* realmente efectiva del poder legislativo, la cual, realmente no tiene apoyo en el ordenamiento jurídico vigente, más aun en la estructura de la separación de poderes estatales necesaria en todo Estado que se represente ilustrado.

En suma, sí cabrá, a la luz del bien jurídico protegido, la posibilidad de criticar motivadamente la decisión legislativa y, con ello, favorecer la modificación oportuna o la derogación del precepto controvertido²⁷⁵. Esta actividad crítica podría realizarse en dos áreas distintas. La primera pasaría por defender que no hay interés relevante que justifique la norma punitiva. La segunda pasaría por defender que, si bien cabe aceptarse la concurrencia de un bien jurídico protegido que justifica la intervención del Estado, el interés analizado puede tutelarse mediante opciones menos gravosas para el ciudadano que el Código Penal. Esta cuestión versa sobre cuestiones relativas al principio de intervención mínima y, por tanto, será tratada en Capítulo IV de esta obra.

(B) El bien jurídico como elemento interpretativo del tipo penal

A mi juicio, la función principal del bien jurídico protegido es la función teleológica ya que considero, igual que ACALE SÁNCHEZ, que «el bien jurídico es la clave de interpretación de los sistemas penales²⁷⁶». En este sentido, considero que con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se dota a los intérpretes

²⁷⁵ De hecho, este es una de los objetivos principales de la presente Tesis doctoral: criticar la actual redacción del tipo urbanístico español ya que con éste, según mi opinión, se castigan penalmente algunas conductas cuya dañosidad real es prácticamente inexistente.

²⁷⁶ ACALE SÁNCHEZ, M, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, 1ª edición, Barcelona, Bosch, 2011, p. 116.

de la norma con un instrumento que les permite buscar teleológicamente el sentido o fin de protección (*mens legis*), despreciando toda conducta que, aun colmando literalmente el tipo penal, no ponga en riesgo el bien jurídico protegido por el precepto penal.

En este sentido, afortunadamente, hace ya tiempo que superamos la antigua prohibición de interpretar judicialmente de las leyes, y, actualmente, se entiende que la voluntad de la Ley o *mens legis* prevalece a la voluntad del legislador o *mens legislatoris*²⁷⁷. Es decir, el texto legal, una vez publicado, 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).

En este sentido, y reafirmando esta función metodológica, en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo 752/2016, de 11 de octubre, podemos leer lo siguiente: «en la interpretación del tipo no debe olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuricidad material, aplicando, en su caso, los criterios de proporcionalidad, insignificancia e intervención mínima cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado.»

Incluso, cabe afirmarse que la teoría del bien jurídico protegido se ha utilizado como auténtico remedio de contención a unas políticas legislativas poco respetuosas con los caracteres dimanantes del principio de legalidad penal. En este sentido, la experiencia acumulada durante los últimos años ha demostrado un actuar del poder legislativo deficiente. En nuestro país se dan propuestas

²⁷⁷ Entre otros LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal Parte General*, editorial Dykinson, Madrid, 2011, p.34.

legislativas demagógicas y oportunistas, cuya única finalidad ha pasado 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 existentes²⁷⁸.

De hecho, actualmente podemos presumir de una de las legislaciones penales más punitivas de nuestro entorno aun gozando de una de las tasas de delincuencia más bajas²⁷⁹. Asimismo, y a mayor abundamiento, a menudo, las reformas operadas en el Código Penal 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 a la luz de interpretaciones alternativas al de la subsunción literal del hecho, dando lugar con ello a una redefinición (normalmente restrictiva) de los tipos de injusto. Es decir, en ocasiones, los académicos y estudiosos del Derecho han favorecido interpretaciones de la norma alternativas a la primaria voluntad del poder legislativo, más acordes con los principios constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico.

²⁷⁸ En el Capítulo introductorio de esta obra he señalado algunos problemas vinculados con el populismo punitivo y el déficit técnico legislativo del poder legislativo contemporáneo, y, por ello, para ampliar estas cuestiones me remito a lo señalado en esos apartados.

²⁷⁹ <http://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/estad%C3%ADsticas-criminalidad-esp%C3%B1a-2016> (enlace consultado en fecha 25 de junio de 2017).

Finalmente, estas propuestas han llegado a los Jueces y Tribunales, los cuales, ayudados por la teoría del bien jurídico protegido, o finalidad protectora de la norma, han podido 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.

No obstante, ciertamente, 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. De hecho claramente 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 serlo²⁸⁰.

Es más, 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

²⁸⁰ 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».

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 leves²⁸¹. Insistimos, si la conducta es típica, antijurídica y el sujeto culpable, el juez deberá proceder en consecuencia.

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 protección de bienes jurídicos, que lleva a manejar el bien jurídico como elemento interpretativo y dota al sistema de las comúnmente conocidas como causas de exclusión de la tipicidad penal²⁸².

²⁸¹ 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.

²⁸² Incluso, algunos autores neoconstitucionalistas aseguran que estamos en una fase de transición donde el peso de la interpretación judicial a la hora de valorar materialmente el desvalor de una conducta se impondrá definitivamente a la primaria voluntad del poder legislativo. Así, por ejemplo PRIETO SANCHÍS afirma que la teoría del neoconstitucionalismo comportará un cambio de paradigma donde destacarán «más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de

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 antijuricidad²⁸³. 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 tipo²⁸⁴. Adicionalmente, lo anterior comporta que, cuando estemos

homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas»: PRIETO SANCHÍS, L, «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en *Neoconstitucionalismo(s)*, CARBONELL SÁNCHEZ, M (ed.), Trotta, Madrid, 2003, pp. 131.

²⁸³ También en estos términos se expresa DE LA CUESTA AGUADO, *Tipicidad e Imputación Objetiva*, Editorial Tirant Lo Blanc, Valencia, 1996, p. 65.

²⁸⁴ 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

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 penal.

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 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 Constitución²⁸⁵.

planteamientos avanzados ya en algunos trabajos anteriores, denomina causas de atipicidad penal o de exclusión (solo) de la tipicidad penal».

²⁸⁵ Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de mayo de 1994 se defiende esta forma de interpretación teleológica, rechazándose el criterio del Ministerio Fiscal, el cual, a la luz de una hipotética inseguridad jurídica, instaba a utilizar el método de interpretación gramatical. En este contexto, y en palabras del alto Tribunal: «En cualquier caso, no se puede dejar de subrayar que el método teleológico -propugnado por todos los grandes juristas de este siglo- no apareja inseguridad jurídica alguna, o por lo menos, no más que el método gramatical que propugna el Fiscal. Más aún, cuando en la ciencia jurídica se admite que el lenguaje en el que se expresan las normas legales es, por esencia, ambiguo, no cabe duda alguna que un método puramente gramatical, como el que propone el Ministerio Fiscal, no puede conducir sino a soluciones ambíguas, en verdad, difícilmente compatibles con la idea de seguridad jurídica. Por este motivo no parece

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 ella²⁸⁶». 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 material²⁸⁷. Es decir, es posible que unos determinados hechos encajen en la redacción literal del tipo penal, pero, que aun 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 CLAUD ROXIN como causa de atipicidad penal, significa que no deben considerarse

aconsejado entender que "la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley" (art. 2.2 CP) sólo será compatible con tal interpretación gramatical. El propio art. 2.2 CP. requiere ser interpretado, dado que, a la luz de los conocimientos actuales sobre el lenguaje de las leyes, no podría ser identificado con la prohibición de la interpretación que se quiso imponer a principios del siglo XIX».

²⁸⁶ Mir PUIG, S, *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2016, p.170.

²⁸⁷ DE LA CUESTA AGUADO, *Tipicidad e Imputación Objetiva*, Editorial Tirant Lo Blanc, Valencia, 1996, p. 64.

relevantes penalmente aquellas acciones menores o de bagatela, que, aun encajando formalmente en el tipo penal, su capacidad lesiva o grado de *injusto sea mínimo*²⁸⁸. 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 resoluciones determinando que la droga vendida, por su cantidad, o por su pureza, era insignificante, determinándose la atipicidad por nula capacidad lesiva de la conducta²⁸⁹.

²⁸⁸ 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.

²⁸⁹ 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».

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 engaño²⁹⁰. 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 deuda²⁹¹.

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

²⁹⁰ 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 antijuricidad material expresada en el perjuicio real o potencial, su aptitud para incidir en el tráfico jurídico».

²⁹¹ 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».

crítica respecto al *abuso* jurisprudencial de las técnicas de absolución penal por ausencia de antijuricidad material de la acción, aceptable sólo de forma excepcional en supuestos evidentes de irrelevancia penal²⁹².

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. En definitiva, cabe decirse judicialmente atípica una conducta cuya relevancia material sea prácticamente inexistente. No obstante, 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.

Si bien todo ello será desarrollado con detenimiento en las páginas concretas dedicadas al bien jurídico penal del delito urbanístico, puedo avanzar que la teoría del principio de insignificancia ha jugado un papel muy relevante en la jurisprudencia española, dándose lugar a numerosas resoluciones absolutorias en base a la insignificancia material de la acción²⁹³.

²⁹² 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.

²⁹³ Imagínese, por ejemplo, el siguiente ejemplo posible: un sujeto 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.

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 socialmente²⁹⁴.

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 penalmente²⁹⁵.

²⁹⁴ 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.

²⁹⁵ 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»

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; o, entre otras, 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).

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 cohecho²⁹⁶. Por ejemplo, BLANCO CORDERO defiende que «no

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 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».

²⁹⁶ 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

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 penal²⁹⁷».

No obstante lo anterior, considero que, en estos casos, si el regalo o presente se hace en 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 respetar²⁹⁸. Igualmente, considero que no

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.

²⁹⁷ 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).

²⁹⁸ 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»

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. Ahora bien, 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 también en el delito urbanístico español, donde la aceptación o la *tolerancia social* de las conductas infractoras urbanísticas es una de las principales causas de este problema.

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 todo 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»²⁹⁹».

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO URBANÍSTICO

El Título XVI del Libro II del Código Penal se titula como «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», y, la luz de tal enunciado, parte de la doctrina ha considerado que en el referido Título XVI se protegen los mismos conceptos lingüísticos intitulados, elevándolos antes al nivel de bienes jurídicos penalmente protegibles³⁰⁰.

²⁹⁹ 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.

³⁰⁰ Por ejemplo ACALE SÁNCHEZ, M, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, 1ª edición, Barcelona, Bosch, 2011, p. 101; autora que señala, acerca de la pluralidad de bienes jurídicos contenidos en Título XVI del Código Penal, que: «Dotar de contenido a cada uno de ellos es paso previo y necesario al análisis detenido de las conductas castigadas en los artículos 319 y 320, en la medida en que según se les cubra de una fisonomía o de otra, se les revestirá también de un significado, o de otro, y por ende, de ello va a depender la interpretación de cada

Ahora bien, como ya he tenido oportunidad de comentar (al estudiar los problemas del «non bis in ídem» y con ello las vicisitudes del concurso entre el delito urbanístico y el delito medioambiental) en esta obra definiendo una posición interpretativa independiente de todos ellos. En este sentido, el suelo es un bien natural cuyos valores medioambientales, evidentemente, deben ser tutelados. Ahora bien, también debe afirmarse que el suelo, en su condición de asentamiento donde se desarrolla el hábitat humano, debe soportar ciertos ataques urbanísticos o edificadores, incompatibles con una visión de protección ecológica *stricto sensu*³⁰¹.

Por ello, en las siguientes páginas explicaré porque creo que debemos diferenciar metodológicamente los delitos que tutelan el orden urbanístico de los delitos que protegen la cuestión ecológica medioambiental.

Además, más arriba he explicado que el límite de legitimación de los bienes jurídicos protegidos, en general, no debe encontrarse en el marco de protección constitucional. Creo que pueden encontrarse intereses colectivos que, sin hallarse expresamente reconocidos en un derecho fundamental, puedan ser objeto de tutela penal. Ahora bien, ello no significa que el delito urbanístico no encuentre reconocimiento en nuestra carta magna.

Asimismo, las características concretas del delito urbanístico permitirán posicionarme respecto a las cuestiones vinculadas a los intereses colectivos como nueva realidad de la política criminal, o, también, la crítica de legitimidad que padecen los delitos cuya lesión del bien jurídico puede ser prácticamente

uno de los elementos de cada uno de esos delitos».

³⁰¹ Una autopista lesiona el interés medioambiental; una explotación ganadera lesiona el interés medioambiental; una fábrica lesiona el interés ambiental; un hotel en la costa lesiona el interés medioambiental; una cantera lesiona el interés medioambiental; etc...

inexistente individualmente considerada, pero, con relevancia suficiente a través de las teorías de lesión por acumulación.

Pues bien, estas son las cuestiones que, con mayor o menor fortuna, intentaré desarrollar en los apartados siguientes.

1. Delito urbanístico y Constitución española

El valor ordenación del territorio y urbanismo puede encontrarse reflejado en algunos de los preceptos de nuestra Carta magna³⁰². Ello no significa que defienda una tesis constitucionalista del bien jurídico protegido (más arriba he defendido que el legislador penal no debe verse limitado por «ausencia» de mandato constitucional; sí debe limitar su actuación política criminal por «presencia» de derecho fundamental que le impida legislar). En este sentido, considero que podemos estructurar tres dimensiones de derechos constitucionales que, al menos indirectamente, están recogidas en las bondades del tipo penal urbanístico.

(A) El interés ordenación de los usos de la «propiedad privada» a la luz de su «función social»

El suelo, como elemento físico, factualmente aprehensible, como es evidente, forma parte del catálogo de cosas que se incluyen en la propiedad privada. De hecho, quizá el suelo constituye la máxima expresión de la propiedad sobre una

³⁰² Por ejemplo, el Código penal no puede sancionar las conductas homosexuales libremente consentidas, ello vulneraría el artículo 14 CE y la prohibición de no discriminación. Pero, por ejemplo, el Código penal sí puede castigar al maltratador animal, al no existir derecho fundamental alguno que prohíba tal punición.

cosa física. Ser propietario de un terreno, de un suelo, es el paradigma del propietario o terrateniente. En este sentido, las facultades que el propietario tiene sobre la cosa son notablemente amplias.

Ahora bien, el artículo 33.2 de la Constitución española señala que «la función social delimitará» el contenido o alcance del derecho del propietario sobre su cosa. Pues bien, cuando el ordenamiento urbanístico delimita el alcance de los usos de los que puede disfrutar el propietario sobre su suelo lo hace protegiendo, directamente, el mandato de este precepto constitucional.

Así, al vivir en comunidad, debemos ordenar racional e inteligentemente los distintos usos del suelo. Las clasificaciones urbanísticas del suelo determinan un primer grado de limitación. Cuando el suelo se clasifica en urbano gozará de unas facultades diferentes a las del suelo clasificado no urbanizable o rústico. A su vez, decidida la clasificación vendrá la segunda delimitación: la calificación urbanística. Así, por ejemplo, los usos del suelo urbano calificado residencial serán objetivamente distintos a los usos del suelo urbano calificado industrial. También, como es obvio, los usos del suelo no urbanizable calificado agrario serán distintos a los del suelo no urbanizable de especial protección medioambiental.

Los intereses urbanísticos necesitados de protección son variados y multidisciplinarios. En ocasiones la delimitación de usos ordenadamente decidida por el plan general tendrá como fin la tutela medioambiental paisajística o forestal. En otras, quizás, se buscará la promoción de vivienda social, equipamientos deportivos, zonas verdes, etc. Pero, también, como es obvio, al formar parte del interés general, en otros suelos se facilitarán espacios industrializados, todos ellos preñados de infraestructuras logísticas de impacto ambiental que previamente hayan sido ordenadas por el plan director urbanístico.

En definitiva, cuando mediante la ordenación territorial y el urbanismo se delimitan y reparten los usos en el territorio, además de imponer un determinado modelo de gestión sectorial administrativo, se protege el mandato contenido en el artículo 33.2 de la Constitución española, sometiendo el uso de la propiedad privada del suelo al interés general o, siguiendo la expresión constitucional, defendiendo su función social.

(B) El interés protector del suelo en su consideración de elemento natural

El suelo constituye un recurso natural, y, como tal, tiene reconocimiento en el marco constitucional. Por ejemplo, en el artículo 45.2 se dispone que «los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». Este precepto no discrimina entre distintos recursos naturales, y, cuando explícitamente apunta que se tutelarán «todos» los recursos, inescindiblemente incluido en su alcance encontraremos el recurso natural suelo.

A mayor abundamiento, en el tercer apartado del mismo artículo 45 se señala que: «Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado». Con ello, si bien no se impone, se permite la utilización del recurso penal en esta misión protectora natural.

(C) El control de la actividad inmobiliaria con el fin de proteger el derecho a una vivienda digna

El artículo 47 de la Constitución española asegura que: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el

interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

Este principio rector de la política socio-económica del Estado se tutela por medio de las normas de ordenación territorial y urbanismo. De hecho, en las leyes urbanísticas no solamente se impone a los propietarios de los suelos potencialmente urbanizables sistemas, justos e igualitarios de repartos de beneficios y cargas, sino que, además, se les obliga a ceder un porcentaje de sus terrenos para que éstos puedan: (i) servir de espacios donde desarrollar infraestructuras de interés general, equipamientos públicos, viales y demás espacios comunitarios, y, (ii) puedan servir para obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la regulación del mercado de terrenos así como controlar la especulación³⁰³.

En concreto, el artículo 18 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 determina que las actuaciones de urbanización comportan los siguientes deberes legales: «(a) Entregar a la Administración competente el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención³⁰⁴. (b) Entregar a la

³⁰³ Artículo 51 de la 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.

³⁰⁴ «En estos suelos se incluirá, cuando deban formar parte de actuaciones de urbanización cuyo uso predominante sea el residencial, los que el instrumento de ordenación adscriba a la dotación pública de viviendas sometidas a algún régimen de protección, con destino exclusivo al alquiler, tanto en los supuestos en que así se determine por la legislación aplicable, como cuando de la memoria del correspondiente instrumento se derive la necesidad de contar con este tipo de viviendas de naturaleza rotatoria, y cuya finalidad sea atender necesidades temporales de colectivos con especiales dificultades de acceso a la vivienda».

Administración competente, y con destino a patrimonio público de suelo, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística³⁰⁵. (c) Costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente, así como las infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación que ésta demande por su dimensión y características específicas, sin perjuicio del derecho a reintegrarse de los gastos de instalación de las redes de servicios con cargo a sus empresas prestadoras, en los términos que se estipulen en los convenios que al efecto se suscriban y que deberán ser aprobados por la Administración actuante. En defecto de acuerdo, dicha Administración decidirá lo procedente³⁰⁶. (d) Entregar a la Administración competente, junto con el suelo correspondiente, las obras e infraestructuras a que se refiere la letra anterior,

³⁰⁵ «Con carácter general, el porcentaje a que se refiere el párrafo anterior no podrá ser inferior al 5 por ciento ni superior al 15 por ciento. La legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá permitir excepcionalmente reducir o incrementar este porcentaje de forma proporcionada y motivada, hasta alcanzar un máximo del 20 por ciento en el caso de su incremento, para las actuaciones o los ámbitos en los que el valor de las parcelas resultantes sea sensiblemente inferior o superior, respectivamente, al medio en los restantes de su misma categoría de suelo. La legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá determinar los casos y condiciones en que quepa sustituir la entrega del suelo por otras formas de cumplimiento del deber, excepto cuando pueda cumplirse con suelo destinado a vivienda sometida a algún régimen de protección pública en virtud de la reserva a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 20».

³⁰⁶ «Entre las obras e infraestructuras a que se refiere el párrafo anterior, se entenderán incluidas las de potabilización, suministro y depuración de agua que se requieran conforme a su legislación reguladora, y la legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá incluir asimismo las infraestructuras de transporte público que se requieran para una movilidad sostenible».

que deban formar parte del dominio público como soporte inmueble de las instalaciones propias de cualesquiera redes de dotaciones y servicios, así como también dichas instalaciones cuando estén destinadas a la prestación de servicios de titularidad pública. (e) Garantizar el realojamiento de los ocupantes legales que se precise desalojar de inmuebles situados dentro del área de la actuación y que constituyan su residencia habitual, así como el retorno cuando tengan derecho a él, en los términos establecidos en la legislación vigente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente. (f) Indemnizar a los titulares de derechos sobre las construcciones y edificaciones que deban ser demolidas y las obras, instalaciones, plantaciones y sembrados que no puedan conservarse».

Pues bien, cuando las administraciones públicas permiten o toleran urbanizaciones ilegales en el terreno, y éstas se consolidan con el paso del tiempo, la comunidad no recibe el porcentaje de aprovechamientos urbanísticos ni las cesiones de terrenos que prescribe la Ley, y, por ello, se frustran los intereses de control y promoción pública de suelo señalados en los párrafos anteriores³⁰⁷.

2. Estudio del interés medioambiental como posible bien jurídico del delito urbanístico

Convengo con VERCHER NOGUERA cuando afirma que «el Código Penal de 1995 ha optado por recoger los delitos contra el medio ambiente dentro del Título XVI

³⁰⁷ En términos similares, SÁNCHEZ ROBERT señala que: «Cuando se construye, y como ejemplo, de forma no autorizable, un edificio, en un suelo destinado a la construcción de una vía o zona verde, o se edifica de forma no autorizable sobre suelo no urbanizable, lo que se hace, en realidad, es no ceder a la colectividad o a la sociedad, los terrenos destinados a los equipamientos colectivos o no hacer frente proporcional y solidariamente a los costes de urbanización de una actuación determinada»: SÁNCHEZ ROBERT, M.J., *El delito urbanístico, artículo 319 del Código penal español*, Madrid, Dykinson, 2014, p.99.

del Libro II, introduciendo conjuntamente los delitos relativos a la ordenación del territorio, a la protección del patrimonio histórico, el medio ambiente propiamente dicho y la vida silvestre. Cada uno de estos cuatro grupos delictivos se integra, a su vez, en cuatro de los cinco capítulos en los que se divide el Título XVI. Las conexiones entre los bienes jurídicos protegidos de todos ellos son indudables, dado que se trate de defender determinados bienes comunes que a la vez de ser necesarios, facilitan la existencia de los seres humanos, estando éstos, por ende, obligados a preservarlos y transmitirlos a las generaciones venideras³⁰⁸».

Y, también convengo con Acale Sánchez cuando afirma «que todo análisis de lo que por patrimonio histórico o por ordenación del territorio se entienda, ha de partir desde su dimensión espacial, y en este sentido, desde el ambiente³⁰⁹».

Ahora bien, a diferencia de parte de la doctrina científica o la jurisprudencia mayoritaria, no creo que el interés ordenación territorial y la protección medioambiental compartan tutela penal por medio del mismo precepto penal. Así, como ya he tenido oportunidad de comentar (al estudiar las vicisitudes del concurso de delitos entre el delito urbanístico y el delito medioambiental), defiendo una posición interpretativa independiente de ambos preceptos, asumiendo que el delito urbanístico se preocupa de intereses distintos a los que se acogen en el bien jurídico del delito contra el medio ambiente.

³⁰⁸ VERCHER NOGUERA, A, *La delincuencia urbanística. Aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio*, Madrid, Colex Editor, 2002, p. 59.

³⁰⁹ ACALE SÁNCHEZ, M, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, 1ª edición, Barcelona, Bosch, 2011, p. 102.

El Capítulo III del Título XVI del Libro II del Código penal se titula «de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente» y en el mismo se contienen los delitos protectores medioambientales, cuyo bien jurídico protegido es el medio ambiente en sentido estricto, y cuya tutela penal encuentra justificación en el artículo 45 de la Constitución española: «1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

Ciertamente, el medio ambiente es un interés fundamental digno de la más alta protección. Así, el recurso del Derecho penal para tutelar el interés medioambiental, al menos para prevenir los ataques más graves a los que pueda verse éste sometido, está plenamente legitimado. Ahora bien, insisto, considero que el delito urbanístico no tutela el mismo bien jurídico protegido que el delito medio ambiental.

Las sociedades humanas contemporáneas, para poder desarrollar sus intereses vitales, deben organizar los usos del suelo desde dos dimensiones distintas. La primera, desde una dimensión ecológica o medioambiental, la cual, tiene por objeto salvaguardar una serie de espacios terrestres del impacto humano, cuya lesión natural, no solamente causaría un empobrecimiento de la calidad de vida de las poblaciones actuales, sino, sobre todo, hipotecaría las posibilidades vitales de las generaciones futuras. De ello se preocupa el legislador mediante las normativas protectoras del bien jurídico medio ambiente.

Así, como se ha señalado, el artículo 325 CP encuentra su justificación en la protección del medio ambiente, y, ciertamente, dentro del concepto amplio de medio ambiente se han incluido cuestiones como la protección del aire, aguas (ríos, mares, lagos...), montes, bosques, y demás elementos naturales, de todo tipo de inmisiones lesivas, como las construcciones, los vertidos, las emisiones de gases, etc.

De igual modo, en el artículo 2 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental³¹⁰ se incluye, dentro del concepto «daño medioambiental», las siguientes posibilidades: (i) los daños a las especies silvestres y a los hábitat, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de esos hábitat o especies; (ii) los daños a las aguas, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos; (iii) los daños a la ribera del mar y de las rías, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos sobre su integridad física y adecuada conservación, así como también aquéllos otros que impliquen dificultad o imposibilidad de conseguir o mantener un adecuado nivel de calidad de aquélla.; y, (iv) los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana o para el medio ambiente debidos al depósito, vertido o introducción directos o indirectos de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o en el subsuelo.

Ahora bien, junto a la anterior dimensión del suelo como elemento natural medioambiental, la comunidad, inescindiblemente, debe procurarse espacios donde progresar civil y económicamente, precisando para ello lugares destinados a la actividad urbana e industrial. Así, debe reconocerse que el suelo, no es ni nada más

³¹⁰ Esta ley se aplica a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales.

ni nada menos que el espacio físico donde se asienta la vida humana, la cual, para su éxito, no solamente precisa de unos recursos naturales protegidos, sino, también, de lugares donde el derecho a la urbanización, edificación o industrialización sean usos legítimamente reconocidos. Insisto, el interés medioambiental es uno de los intereses de la especie humana, quizá el más importante, pero no el interés absoluto. El ser humano, al vivir en comunidad, precisa de un entorno urbano, en concurso con espacios industrializados, que le permitan desarrollar su plan vital.

En suma, la ordenación urbanística no pretende «siempre» regular los usos del suelo a la luz de los intereses medioambientales. La civilización contemporánea necesita suelos donde levantar ciudades, fábricas, naves, hoteles, explotaciones mineras, carreteras, puertos, etc. Estos intereses son los que justifican la elevación del interés urbanístico o de ordenación territorial al nivel de bien jurídico protegible penalmente. En concreto, con el fin de garantizar el equilibrio entre las distintas dimensiones del suelo se utiliza la ordenación urbanística, cuyo sistema planificado e inteligente permite el desarrollo equilibrado de las distintas necesidades de la población, también las medioambientales, al decidir reservar todos aquellos suelos que, por su reconocido valor natural, sean precisos mantener fuera de explotación; y, (no menos importante) seleccionar aquellos espacios que deberán soportar mayor grado de afectación.

Por todo ello, a diferencia del interés tutelado en el delito medioambiental, el artículo 319 CP se justifica en la tutela de la ordenación inteligente del uso del suelo, atendiendo a su realidad como bien natural limitado.

Pongamos un ejemplo práctico que facilite la diferenciación valorativa defendida. Imaginemos un suelo clasificado como suelo no urbanizable y calificado para usos de explotación agraria o ganadera. Imaginemos también que en ese suelo se desarrolla, legalmente y con las autorizaciones pertinentes, una actividad

de explotación porcina: actividad potencialmente contaminante y lesiva medioambientalmente³¹¹. Pues bien, imaginemos ahora que el propietario de esos suelos decide cerrar la actividad industrial y, en su lugar, después de limpiar el suelo, construye, en contra de los usos predeterminados por el plan municipal, una edificación unifamiliar de dos plantas, con jardín y piscina. El sujeto habría colmado el tipo del delito urbanístico, pero, su acción, lejos de lesionar el medio ambiente, habría mejorado su tutela o protección: el uso del chalet familiar comportaría una actividad contaminante infinitamente menor que la cría de cerdos para su explotación en la industria cárnica.

En definitiva, cuando el plan urbanístico decide los espacios que pueden utilizarse para actividades industriales altamente contaminantes no está protegiendo el medio ambiente, está regulando los usos inteligentes del espacio físico en el cual se asienta la vida humana. Por ejemplo, a nadie se le escapa que permitir una explotación porcina en el centro del casco urbano municipal, al lado de la catedral, quizá no sea la decisión urbanística más inteligente.

Por todo ello considero muy equivocada la interpretación mantenida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 945/2014, de 9 de diciembre (mediante la cual se confirmó la absolución del delito urbanístico resuelta en la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal Número 24 de Madrid, en fecha 29 de septiembre de 2014). En este contexto, las construcciones ilegales enjuiciadas en los autos precitados presentaban todos los elementos necesarios para proceder a la condena por el delito urbanístico: (i) los acusados eran promotores de las obras;

³¹¹ Como defiende la asociación Ecologistas en Acción: «La concentración de granjas porcinas industriales en varias zonas de España está ocasionando, entre otros problemas, una grave contaminación por nitratos de los suelos y las aguas subterráneas: <https://www.ecologistasenaccion.org/article17382.html> (enlace consultado en fecha 4 de enero de 2018).

(ii) se trataban de evidentes obras de construcción; (iii) estas se realizaron en un suelo no urbanizable calificado de máxima protección ecológica; y, (iv) eran obras no autorizables. Pues bien, a pesar de todo ello se resolvió la atipicidad (pese a concurrir, insisto, todos los elementos objetivos y subjetivos del delito) con el argumento de la falta de acreditación del impacto ambiental de tales construcciones sobre el interés ecológico protegido (cuestión que no exige el tipo urbanístico).

En definitiva, definiendo que por medio del artículo 319 del Código penal se tutela la ordenación del territorio, no el medio ambiente (aunque éste pueda quedar afectado indirectamente de modo potencial).

Ahora bien, todo lo dicho hasta aquí no significa que se niegue la eventual doble lesión jurídica. Tal y como se apuntó al tratar las cuestiones vinculadas al principio de legalidad penal (Capítulo tercero), si con la realización de unas mismas obras de urbanización, construcción o edificación contrarias al ordenamiento jurídico también se causa (o puede causarse) daños sustanciales al medio ambiente cabría la posibilidad de la doble consumación, tanto del tipo urbanístico del artículo 319 CP como del tipo medioambiental del artículo 325 CP. Ahora bien, atendiendo a que el delito urbanístico y el delito medioambiental tutelan intereses distintos, la solución en estos escenarios debería encontrarse mediante el concurso de delitos³¹², no con el uso del concurso de normas o leyes penales³¹³.

³¹² Así lo determina, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 3/2006, de 30 de enero, donde al condenado se le hace responsable del delito urbanístico en concurso medial con el delito contra el medio ambiente.

³¹³ Distinta opinión ha manifestado nuestro alto Tribunal. En este contexto, en la Sentencia del Tribunal Supremo 1182/2006, de 29 de noviembre, también se apoya la solución del concurso de leyes penales, a resolver vía artículo 8.4, manifestándose además que, el bien jurídico del delito urbanístico es coincidente con el delito medioambiental, compartiendo ambos: «la protección del medio ambiente como valor tutelado por las normas concurrentes». Y, resuelve que « Al sancionar

3. Los valores ordenación del territorio y urbanismo como bienes jurídicos protegidos en el delito urbanístico

En el epígrafe anterior (del mismo modo que en continuas referencias hechas a lo largo de esta obra) he definido que el bien jurídico protegido del delito urbanístico es la ordenación inteligente de los usos del suelo en cuanto recurso natural limitado. De tal modo que el tipo del delito urbanístico no tutela, no al menos directamente, el bien jurídico patrimonio histórico o el interés protector del medio ambiente.

Ahora bien, cuando digo que el bien jurídico del artículo 319 se identifica con la ordenación de los usos del suelo no estoy afirmando que estemos ante un delito huérfano de ofensividad penal propia. Debemos evitar considerar al delito urbanístico como un delito de mera desobediencia a la norma administrativa o, dicho en una antigua terminología, «delito formal³¹⁴».

separadamente ambos delitos, se ha producido una vulneración del principio "non bis in idem" que debe ser reparada».

³¹⁴ Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1994, se critica la eventual conceptualización del tipo urbanístico como tipo formal y exige la búsqueda teleológica de algún bien jurídico protegido, que, al menos en grado de peligro, legitime la intervención penal en este sector. En este contexto, en la referida Sentencia podemos leer lo siguiente: «La diversidad de las cuestiones planteadas, ha requerido, por tanto, que la doctrina haya distinguido siempre como dos cuestiones distintas la de si la norma protege un bien jurídico, de la de si es necesario para la realización del tipo que ese bien jurídico haya corrido un peligro más o menos cercano». Y sigue señalando que: «De todos modos, si, como lo postula el Ministerio Fiscal, no se pone en duda la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, es decir delitos en los que el peligro es lejano para el bien jurídico, lo cierto es que la única posibilidad racional de aplicar los tipos que los establecen a casos concretos consiste en partir de que tienen necesariamente que proteger algún bien jurídico,

Así, para poder valorar esta conexión (bien jurídico protegido como ordenación del territorio y urbanismo) previamente deberemos conocer el significado concreto de estos conceptos administrativos. La primera cuestión que deberemos dilucidar será si urbanismo y ordenación territorial son conceptos administrativos cuyo significado es análogo o bien, por el contrario, cada uno de ellos responde a una cuestión jurídica distinta cuyo alcance será reconocible individualmente.

Si analizamos la técnica del legislador penal deberemos convenir que aquél ha seguido una diferenciación evidente del significado de los conceptos administrativos referidos. En este contexto, inicialmente la rúbrica del Título XVI del Código Penal de 1995, que incluía al delito urbanístico, se conocía como «de los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», sin mención alguna al urbanismo, el cual tendría su aparición cinco años más tarde, concretamente mediante la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 puede leerse lo siguiente: «Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo son objeto de reforma en varios aspectos. De un lado, se modifica la rúbrica del Capítulo I del Título XVI del Libro II, en la que se explicita, junto a la ordenación del territorio, el urbanismo como objeto de tutela. (...)».

A la luz de lo anterior podemos extraer las dos siguientes conclusiones: (i) claramente el legislador penal a optado por diferenciar los conceptos ordenación del territorio y urbanismo; y, (ii) a partir del año 2010 la tutela penal alcanza, además de a la ordenación del territorio inicialmente protegida, también al urbanismo en sentido estricto, interés que, según el contenido de la Exposición de

pues de lo contrario no se podrá saber cuál es el objeto respecto del cual las acciones típicas deben ser peligrosas, aunque lo sean abstractamente».

Motivos precitada, y, al menos, formalmente, estaba huérfano de protección penal. De hecho, parte de la Doctrina ha convenido que el legislador acertó al incluir el término urbanismo en el Título XVI del Código Penal; por ejemplo MARTÍNEZ RODRÍGUEZ señala que «el bien jurídico protegido ha sido esencialmente el urbanismo más que la ordenación del territorio, por lo que el cambio de denominación es bastante acertado al ajustarse a la verdadera naturaleza del tipo penal³¹⁵».

A mayor abundamiento, la Constitución española referencia por separado los conceptos urbanismo y ordenación territorial, lo que ayuda a entender la separación ontológica de ambas instituciones jurídicas³¹⁶. Pues bien, siguiendo el criterio del legislador penal y nuestro texto constitucional, y, con ello, aceptando una significación independiente para cada uno de los conceptos administrativos estudiados, en los sucesivo realizaré un estudio separado de los mismos; no obstante, y al menos en el marco del delito urbanístico, finalizaré con un tercer punto donde apoyaré una tesis favorable a la interpretación ecléctica de estos conceptos.

(A) El concepto «ordenación territorial»

Una posible definición específica de *ordenación territorial* la encontraremos en la Carta Europea, de 20 de mayo de 1983, de Ordenación del Territorio, adoptada en la Conferencia Europea de ministros Responsables de Política Regional

³¹⁵ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., *La protección penal del territorio y el urbanismo*, BOSCH EDITOR, 2015, p. 45.

³¹⁶ Artículo 148.1.3 de la Constitución Española: «Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: (...) Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda».

y Ordenación del Territorio (CEMAT)³¹⁷, en la ciudad española de Torremolinos (en adelante, Carta Europea de Ordenación del Territorio), en la cual, además de considerar a la noción de la ordenación del territorio como «la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda la sociedad», se apuntan las siguientes afirmaciones: (i) la ordenación del territorio es también « (...) una disciplina científica, una técnica administrativa y una política concebida como una aproximación interdisciplinar y global, tendente a un desarrollo equilibrado de las regiones y a la organización física del espacio guiada por una concepción directriz»; (ii) «el hombre y su bienestar así como su relación con el medio ambiente, constituyen el centro de preocupación de la ordenación del territorio, cuyo fin es ofrecerle un marco y una calidad de vida que aseguren el desenvolvimiento de su personalidad en un medio ambiente organizado a escala humana»; y, (iii) la ordenación del territorio «(...) debe analizar las tendencias y los desarrollos a largo plazo de los fenómenos e intervenciones económicas,

³¹⁷ PUJADES ROMÀ y FONT JAUME en su obra *Ordenación y Planificación Territorial*, Madrid, editorial Síntesis, 1998, señalan la dificultad de acotar un significado unívoco de ordenación territorial y, del mismo modo que en el presente estudio, dirigen al lector al contenido de la Carta Europea de Ordenación del Territorio. No obstante, en la obra referida, concretamente en su página 11, se citan algunas interesantes definiciones de ordenación territorial realizadas por otros autores; literalmente puede leerse lo siguiente: «Se pueden dar muchas definiciones de ordenación del territorio pero será difícil que alguna resulte plenamente satisfactoria. G. Saenz de Buruaga (1969), en una publicación pionera, al menos en España, sobre la ordenación territorial, avanzaba la siguiente: «es el estudio interdisciplinario y prospectivo de la transformación óptima del espacio regional, y de la distribución de esta transformación y de la población total entre núcleos urbanos con funciones y jerarquías diferentes, con vistas a su integración en áreas supranacionales». J. Allende (1989) pone el acento en el confusionismo derivado de los múltiples enfoques dados a su definición. Esta multiplicidad deriva del hecho de que la ordenación del territorio afecta a la práctica totalidad de la acción pública, puesto que la generalidad de las decisiones procedentes de los diferentes niveles administrativos supone una incidencia, en mayor o menor grado, sobre el territorio. La ordenación del territorio podría verse como un «corte transversal» que afecta a todas las actuaciones públicas con incidencia territorial, dándoles un tratamiento integrado.»

ecológicos, sociales, culturales y del medio ambiente y tenerlas en cuenta en su aplicación».

Asimismo, en la Carta Europea de Ordenación del Territorio se indica que los objetivos de la ordenación del territorio son, paralelamente: (i) el desarrollo socio-económico equilibrado de sus regiones³¹⁸; (ii) la mejora de la calidad de vida

³¹⁸ Al respecto, la Carta Europea de Ordenación del Territorio indica que la ordenación territorial, «teniendo en cuenta los procesos económicos que afectan a toda Europa, las especialidades regionales y la importancia del papel de los ejes de desarrollo y de las redes de comunicación, debe controlar el crecimiento de las regiones congestionadas o de aquellas que están experimentando una evolución demasiado rápida, fomentar el desarrollo de las regiones que presentan un cierto retraso, mantener o adaptar las infraestructuras indispensables para permitir un relanzamiento de las regiones en decadencia o amenazadas por problemas graves de empleo, especialmente por la migración de la mano de obra en el plano europeo. las regiones periféricas que tienen exigencias específicas y disponen de un potencial estructural de reequilibrio socio-económico deben ser mejor enlazadas a los centros industriales y económicos de Europa».

de los ciudadanos³¹⁹; (iii) la gestión responsable de los recursos naturales y la protección del medio ambiente³²⁰; y, (iv) la utilización racional del territorio³²¹.

A mayor abundamiento, en relación al concepto ordenación territorial, podemos traer a colación lo señalado en la Ley 23/1983, de 21 de noviembre, de política territorial de Cataluña³²², cuyo artículo tercero apunta como objetivos de la ordenación territorial, los siguientes: (i) fomentar el crecimiento económico, el

³¹⁹ La Carta Europea de Ordenación del Territorio indica que la ordenación territorial «favorece la mejora en el marco de vida cotidiano, tanto del alojamiento, trabajo, cultura, ocio o incluso las relaciones en el seno de las comunidades humanas y el aumento del bienestar de cada uno a través de la creación de empleo y equipamientos económicos, sociales y culturales que respondan a las aspiraciones de los diferentes estratos de la población, que aseguren por la elección de su localización, una utilización óptima».

³²⁰ Al respecto, la Carta Europea de Ordenación del Territorio indica que la ordenación territorial, «promoviendo estrategias que reduzcan al máximo los conflictos entre la creciente necesidad de recursos naturales y la necesidad de su conservación, persigue asegurar una gestión responsable del marco natural, de los recursos del suelo y del subsuelo, el aire y las aguas, de los recursos energéticos, la fauna y la flora, prestando especial atención al paisaje natural y al patrimonio cultural y arquitectónico».

³²¹ La Carta Europea de Ordenación del Territorio indica que la ordenación territorial «en consecución de los mencionados objetivos, aspira especialmente a controlar la implantación, la organización y el desarrollo de grandes complejos urbanos e industriales, de grandes infraestructuras y de asegurar la protección de los terrenos agrícolas y forestales. Esta ordenación física debe ir acompañada necesariamente de una política del suelo, que haga posible la consecución de los objetivos del interés general».

³²² Según dispone su artículo 1, el objeto de esta Ley pasa por «establecer las directrices de ordenación del territorio catalán y de las acciones administrativas con incidencia territorial en Cataluña, a fin de corregir los desequilibrios que se producen y de alcanzar un mayor bienestar de la población».

aumento del nivel de vida y la mejora de la calidad de vida especialmente en las zonas del territorio que sufren problemas de despoblación, regresión o estancamiento; (ii) regular el crecimiento económico y de actividades en las zonas que sufren problemas de congestión, a fin de mejorar en ellas la calidad de vida; y, (iii) fomentar una calidad de vida mejor en todo el territorio.

En definitiva, la ordenación del territorio es una función pública esencial, encaminada, en última instancia, a mejorar la calidad de vida de la población, que funciona a partir de una concepción global del territorio y que abarca una panorámica de actuación con alcance supramunicipal. De modo similar se expresa JULI ESTEBAN cuando indica que « (...) cuando hablamos de ordenación o planeamiento territorial está claro que nos referimos a un ámbito más amplio que el municipal, que sería el propio de la ordenación urbanística (...)»³²³.

Por medio de las políticas de ordenación territorial, y desde una visión panorámica, utilizando instrumentos propios de otras disciplinas como la sociología, el medio ambiente, la economía la geografía, etc., se busca el justo equilibrio entre el necesario desarrollo urbano de los pueblos y las ciudades y, de infraestructuras públicas (carreteras, autopistas, puertos, etc.), con las políticas protectoras del medio ambiente y el espacio rural (protección del litoral, tratamiento de residuos, etc.) con el foco siempre orientado al interés general y el objetivo concreto de mejorar la calidad de vida de los habitantes de un determinado espacio geográfico. Esta búsqueda del justo equilibrio es, en definitiva, el problema del que se ocupa la ordenación territorial.

³²³ JULI ESTEBAN, «Perspectivas para la ordenación territorial». En, ANTONIO FONT (coordinador) *Planteamiento Urbanístico. De la controversia a la renovación*, Barcelona, Diputació de Barcelona, 2003.

(B) El concepto «urbanismo»

En relación al término *urbanismo*, BONET CORREA lo define como aquella «especialidad consistente en construir y disponer el asentamiento de los núcleos urbanos, atendiendo a la estética y a la funcionalidad³²⁴». Asimismo, y en cuanto al término lingüístico urbanismo, la Real Academia Española de la lengua ofrece tres acepciones posibles, a saber: (i) conjunto de conocimientos relacionados con la planificación y desarrollo de las ciudades; (ii) organización u ordenación de los edificios de una ciudad; y, (iii) concentración y distribución de la población en ciudades.

Si bien las anteriores son únicamente definiciones semánticas que podrán ayudar a encontrar el significado del término urbanismo (interpretación literal) las mismas no se alejan demasiado de la definición del concepto realizada «sin propósito definitorio» pero igualmente útil, por el Tribunal Constitucional y plasmada en la STC 61/1997, de 20 de marzo³²⁵, en la cual podemos leer lo

³²⁴ BONET CORREA, A., *Las Claves del Urbanismo*, 1ª edición, Barcelona, Planeta, 1995. p 110. En relación a este autor, debemos hacer mención a lo defendido por el mismo en la página 6 de su obra citada, en la cual, entre otras cuestiones, apunta que el padre del término urbanismo (al menos, con su moderno significado) es ILDEFONSO CERDÁ cuando en el año 1868 escribió la *Teoría general de la urbanización y aplicación de sus principios y doctrinas a la reforma y ensanche de Barcelona*, Madrid, Imprenta Española, 1867 (obra a la que se hará referencia en páginas posteriores). Antes de la obra de CERDÁ, BONET CORREA explica que aparece el término urbano (que no urbanismo) en el año 1606 en la obra el *Tesoro de la Lengua Castellana* del humanista Sebastián de Covarrubias, cuyo significación era la «del cortés y bien criado, en fin como nacido y criado en la ciudad. El contrario se llama rústico y grosero; *latine urbanus, a urbe*». En términos muy similares, defendiendo la importancia del concepto urbanismo utilizado por ILDEFONSO CERDÁ encontramos a QUEROL PIERA, J., *Bienvenidos al Urbanismo. Imágenes y palabras*, 1ª edición, Barcelona, Viena, 2004, p. 47.

³²⁵ Esta Sentencia del Tribunal Constitucional se ha revelado como fundamental para entender el actual reparto competencial en materia de urbanismo y ordenación del territorio entre

siguiente: « (...) el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades (en cuanto atribuidas y/o controladas por Entes públicos), tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación. El contenido que acaba de enunciarse se traduce en la fijación de lo que pudiéramos llamar políticas de ordenación de la ciudad, en tanto en cuanto mediante ellas se viene a determinar el cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos, y a cuyo servicio se disponen las técnicas e instrumentos urbanísticos precisos para lograr tal objetivo».

Como vemos, a diferencia de lo señalado para la ordenación del territorio, el concepto urbanismo no tiene aquella visión integradora de toda actividad que sea desarrollada en el suelo. El urbanismo se encarga de solucionar los problemas nacidos en las zonas urbanas. El objeto del urbanismo son las ciudades y los pueblos, las zonas industrializadas y los espacios urbanizados. Los espacios exteriores de los anteriores, como serán los montes, bosques, playas no urbanas y demás espacios que no permiten el desarrollo urbano, solamente interesaran al urbanista si la ciudad necesita crecer y absorber parte de aquellos espacios rurales, algo que con carácter previo requerirá de una adecuada política de ordenación territorial.

En resumen, y en palabras de ITURRIAGA Y URBISTONDO «(...) mientras que el urbanismo se configura como una técnica para planificar, desarrollar, reformar y ampliar edificios y espacios de las ciudades y para ordenar y desarrollar la ciudad,

las distintas administraciones territoriales del Estado; este punto será desarrollado en el punto IV («las competencias urbanísticas») de este mismo capítulo segundo.

la ordenación del territorio se configura como una función pública que consiste en adaptar el territorio a las necesidades de la sociedad mediante la distribución geográfica de las actividades y la fijación y delimitación de los usos del suelo³²⁶».

(C) Conclusiones conceptuales: la ordenación, inteligente y racional, del uso del suelo como interés urbanístico tutelable

La diferenciación jurídico-administrativa de los conceptos ordenación territorial y urbanismo no comporta necesariamente que, en base a motivos de política criminal y de autonomía del derecho penal, podamos defender, en el mismo sentido que ACALÉ SÁNCHEZ³²⁷, una interpretación unitaria del concepto ordenación territorial y urbanística, dentro de la cual, el urbanismo no sea más que la fase descendente de la política de ordenación territorial y, en todo caso, parte integrante de esta última más general.

Es más, incluso parte de la Doctrina especializada en derecho urbanístico ha señalado la innecesaria dicotomía entre urbanismo y ordenación territorial. Por poner un ejemplo, el maestro administrativista FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ha defendido que: «Esta ecuación semántica (urbanismo como ordenación de la ciudad), históricamente válida hasta la segunda guerra mundial, se ha roto estrepitosamente en la segunda mitad de este siglo al comprobar hasta qué punto las tensiones que sacuden la vida urbana y todo lo que en el interior de la ciudad ocurre es una función de los fenómenos que tienen lugar fuera de ella (...). ¿Qué

³²⁶ ITURRIAGA Y URBISTONDO, F.J., «El urbanista: una profesión de actualidad en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº18, Sección Comentarios de jurisprudencia, Quincena del 30 Sep. al 14 Oct. 2006, Ref. 3299/2006, LA LEY, 2006, p. 3299.

³²⁷ ACALÉ SÁNCHEZ, M., *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, 1ª edición Barcelona, Bosch, 2011, pp 125 y ss.

es entonces el urbanismo en la actualidad? Sencillamente, una perspectiva global e integradora de todo lo que se refiere a la relación del hombre con el medio en el que se desenvuelve y que hace de la tierra, del suelo, su eje operativo³²⁸».

En definitiva, por medio del derecho urbanístico el Estado procura ordenar los distintos usos del territorio con criterios de interés general. Aquí, quiero destacar que el interés general no puede identificarse solamente con un interés medioambiental o ecológico. La ordenación urbanística inteligente del suelo no se preocupa únicamente de proteger los recursos naturales desde un prisma medioambiental, también, como es evidente, se interesa por seleccionar aquellos lugares que serán objeto de transformaciones urbanísticas y, con ello, elegir espacios reservados para desarrollar usos lesivos medioambientalmente pero necesarios socialmente.

En efecto, cuando el plan de ordenación territorial selecciona suelos donde se construirán autopistas, vías férreas, puertos o aeropuertos no está procurando la protección del medio ambiente³²⁹, está posibilitando el transporte de personas y mercancías en el territorio. También, cuando el plan urbanístico selecciona los suelos donde las actividades industriales serán autorizables no está operando en el marco de la protección del entorno natural, está facilitando el desarrollo económico y social de la comunidad.

³²⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Manual de Derecho Urbanístico*, 24ª edición Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2016, pp 16 y 17.

³²⁹ Aunque sea requisito esencial (ya que su ausencia puede determinar la nulidad del plan), el estudio de impacto ambiental. Evidentemente, con el desarrollo de este tipo de infraestructuras no tiene como fin la protección del medio ambiente, pero, ello no significa que deba intentarse siempre consumir el menor impacto ecológico posible al entorno.

En este contexto, y ante críticas ultra liberales que discuten las legítimas facultades del Estado a la hora de limitar los usos de los propietarios del suelo, quiero señalar lo siguiente. Ciertamente, en el antiguo Derecho romano (con alguna excepción en los últimos tiempos del Imperio), la propiedad, incluida la concerniente al uso y disfrute del suelo, se concebía como un derecho prácticamente ilimitado: un auténtico dominio absoluto y exclusivo del titular del bien (entonces del *paterfamilias*). Esto se traducía en que el derecho de propiedad no admita prácticamente ninguna influencia o limitación externa de derecho público y facultaba al propietario de los terrenos a edificar de forma prácticamente ilimitada *usque ad caelum*. En consecuencia, el derecho de propiedad sobre el suelo se regulaba mediante normativa de derecho privado que no dejaba prácticamente espacio a un derecho urbanístico que, si bien existente, era en aquella época absolutamente minoritario y residual³³⁰.

Sin desconocer acontecimientos históricos que han incidido decisivamente en la concepción del derecho de propiedad, como la caída del Imperio romano oriental, la oscura época medieval, la desamortización española, la crisis del feudalismo, la burguesía, la Revolución Francesa y el proceso constitucional histórico español (todos ellos acontecimientos importantísimos pero cuyo estudio

³³⁰ El lector interesado en este tema podrá encontrar información en el manual de IGLESIAS-REDONDO, J, *Derecho Romano*, Barcelona, Ariel, 2004. En esta obra (página 162 y ss) pueden encontrarse algunos ejemplos de un Derecho urbanístico romano marginal como los siguientes: (a) estaba prohibido demoler un edificio para especular con sus materiales de construcción; (b) los propietarios de terrenos confinantes con una vía pública estaban obligados a mantenerla en buen estado; (c) en interés de la salud pública se prohibió dar sepultura a los cadáveres dentro de la ciudad, así como fuera de ella hasta una distancia de 60 pies de los edificios; (d) en la época posclásica se prohibió nuevas construcciones que oscurecieran excesivamente edificios vecinales existentes; o, (e) se dispuso que los nuevos edificios debían construirse como mínimo a doce pies de distancia de los edificios ya existentes, o a quince pies si aquellos eran edificios públicos.

merece una dedicación mucho mayor a la pretendida en este capítulo³³¹) y, que han ido modificando históricamente el alcance del derecho de propiedad, cabe afirmar que nuestras primeras normas urbanísticas nacieron tributarias de aquella tradición romanista clásica que situaba las facultades del propietario en una esfera de goce y disfrute casi absoluto. Concretamente, en el año 1889 se publicó el Código Civil español cuyo artículo 348 dispuso (y dispone) que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (...)», leyes que, para entonces, al menos en relación a limitaciones a la propiedad del suelo, eran prácticamente inexistentes.

Esta situación empezó a cambiar con la promulgación de la Ley del Suelo de 1956, norma que, entre otras cuestiones, introdujo la configuración de un nuevo estatuto del régimen jurídico de la propiedad del suelo, pasando de un derecho casi absoluto a gozar y disfrutar del bien sin otra limitación que las expresamente determinadas en las Leyes (artículo 348 del Código civil español nacido a la luz de la tradición jurídica romana) a un derecho de propiedad limitado a las facultades que determinase libremente el ordenamiento urbanístico vigente.

Afortunadamente, en la actualidad se ha abandonado totalmente la concepción clásica liberal del derecho de propiedad y se ha establecido

³³¹ El lector interesado en ampliar este tema podrá encontrar información, entre otras, en las siguientes obras: ANGOSTO SÁEZ, J.F, *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano*, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia; VALLET DE GOYTISOLO, J.B, «Fundamento, función social y limitaciones de la propiedad privada», en *Estudios sobre Derecho de Cosas*, Madrid, 1973; LOBATO GÓMEZ, J.M, *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Madrid, Montecorvo, 1989; y, MONTÉS PENADÉS, V.L, *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil Contemporáneo*, Madrid, Civitas, 1980.

normativamente un derecho dominical de propiedad limitado en base a la función social de aquélla³³².

En este contexto, como muy acertadamente ha apuntado ANGOSTO SÁEZ ³³³ «(...) la concepción liberal de la propiedad no estaba en ningún caso funcionalizada y sólo era amparada y garantizada por el Ordenamiento Jurídico como expresión del valor libertad imperante en esta época. En este sentido, la institución de la propiedad constituía la garantía de un derecho natural preexistente. Por el contrario, la actual funcionalización de la propiedad supone que su atribución y posterior garantía se produce como consecuencia de que el Ordenamiento considera que la citada institución surge para cumplir una función digna de protección».

Esta concepción *iuspositivista* del derecho de propiedad permite limitar las facultades dominicales del propietario del suelo a lo que previamente se haya determinado en la normativa urbanística aplicable (el planeamiento urbanístico) en aras a la protección del interés social y colectivo de la propiedad. En la práctica esto se traduce en que el propietario de unas tierras no puede alzar en ellas cualquier construcción que estime oportuna, ya que, si bien es el titular del suelo, su derecho *aedificandi* está limitado en base a criterios de interés social. Esta limitación, para que sea exigible, debe haberse adoptado en el marco del Derecho urbanístico vigente.

³³² En este sentido, el artículo 33 de la Constitución española determina que, si bien «se reconoce el derecho a la propiedad privada» ésta, a diferencia del derecho de propiedad clásica dominante al largo de la historia, queda limitada bajo el principio de función social.

³³³ ANGOSTO SÁEZ, J.F, *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano*, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1998, p. 43.

En suma, la Ordenación territorial y urbanística constituye un complejo conjunto de normas de derecho público que regulan los procesos de planificación del territorio y controlan los sistemas de urbanización y edificación del suelo, limitando sus usos en el marco del interés general, intentando encontrar un justo equilibrio (frecuentemente difícil) entre el interés particular que tendrá el titular del suelo y, el interés colectivo o de utilidad social que interesa a la comunidad.

Lo anterior es de una importancia capital para todo lo que concierne al presente estudio, ya que, si la propiedad sobre el suelo no tuviera una función social que mereciera ser protegida y que viniera a limitar su contenido, no tendría justificación posible la utilización del Derecho penal para castigar las infracciones de los usos del suelo establecidas en las normas de ordenación territorial y predeterminadas en el planeamiento urbanístico municipal.

En definitiva, a mi juicio, el valor ordenación territorial y urbanismo como método de racionalización inteligente de los usos del suelo, a la luz del criterio de la función social del mismo, justifica plenamente su conceptualización como bien jurídico protegido.

O, lo que es lo mismo, el valor material de la ordenación territorial en su sentido constitucional de utilización racional del suelo orientada a los intereses generales es un interés que legitima plenamente la intervención del Derecho punitivo del Estado para garantizar su protección.

En este sentido, y entre otras resoluciones concurrentes, puedo traer a colación lo dispuesto en el Auto del Tribunal Supremo 1786/2013, de 3 octubre (razonamiento jurídico segundo) en el cual se 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. (...) Así como en el delito ecológico (art. 325) no se tutela la normativa ambiental, sino el medio

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

Los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo también apuntan en esta dirección. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo 586/2017, de 20 de julio se señala (Fundamento Jurídico tercero) que: «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 las ciudades y de los núcleos de población en general y como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en 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 «hábitat» 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. Por ello, 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, de 28 de marzo, 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 -como 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» (artículos 45 y 47 de la Constitución española), es decir de utilización racional como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general. Se trata, en consecuencia, 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 mayor abundamiento, y como se colige coherentemente de todo lo anterior, el bien jurídico que se encuentra en la justificación de la protección del ordenamiento urbanístico, o usos predeterminados del suelo orientados al interés general, se conceptualiza como un bien jurídico comunitario de los denominados «intereses difusos», pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica a toda la comunidad³³⁴.

³³⁴ De este modo, la doctrina mayoritaria entiende que su tutela 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

Ahora bien, con lo dicho en este punto no se está afirmando, «todavía», que este bien jurídico colectivo tenga un nivel de importancia suficiente para que se le pueda considerar, legítimamente, un bien jurídico-penal. En efecto, como ya he tenido oportunidad de defender más arriba, considero que la diferencia entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal es una diferencia con base cuantitativa, no cualitativa. Todas estas son cuestiones que están vinculadas al principio de «última ratio» penal, y, por tanto, por motivos de ordenación sistemática, serán tratadas en el epígrafe III de este Capítulo.

4. El elemento natural «suelo» como objeto material del delito urbanístico

La doctrina penal ha sabido diferenciar los intereses jurídicos protegidos en los delitos (o bienes jurídicos de los mismos) de, los elementos u objetos de protección materiales de aquellos delitos. Así, por ejemplo, se asume que el delito de hurto se justifica en la tutela del valor que tiene la propiedad privada en nuestra sociedad, pero, el objeto material protegido del delito de hurto será concretamente la cosa mueble efectivamente sustraída: la moto de A, la cartera de B, el teléfono de C...

En este sentido, si bien considero que el interés o bien jurídico protegido del delito urbanístico es la ordenación, racional e inteligente, «de los usos del suelo» en cuanto recurso natural limitado y sometido al interés general que propugna nuestra Constitución, el objeto material del delito u objeto de la acción es, por el contrario, el mismo suelo como espacio físico. Por ello, si queremos delimitar su contenido deberíamos intentar previamente definir éste concepto.

sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social democrático de derecho que consagra nuestra Constitución.

El elemento suelo es aquel recurso natural limitado que constituye la base sobre la cual se desarrolla la vida humana. En este contexto, y más allá de posibles referencias indirectas, no encontraremos en el ordenamiento jurídico español una definición jurídica específica del concepto suelo. Quizá en la esfera específica del derecho urbanístico podría definirse al suelo como aquel espacio físico susceptible de ser objeto de la ordenación territorial y urbanística. No obstante, el suelo, en definitiva, es un espacio natural cuya comprobación resulta de la percepción sensorial y, por ende, cuando nos encontremos ante la palabra «suelo» deberemos tratarla en su consideración de elemento descriptivo de lo fáctico, realizando en su caso un ejercicio de subsunción lingüística pero sin que sobre la misma correspondan ulteriores valoraciones normativas.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la actual Ley del Suelo, cuyo artículo primero dispone que con esta Ley se regula, para todo el territorio estatal, las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos relacionados con el suelo. Evidentemente, el concepto suelo incluido en este precepto se realiza sin ánimo valorativo, y refiere (según mi entender) a todo el espacio físico natural que conforma la superficie terrestre nacional.

Ahora bien, cuando el «sustantivo» suelo venga acompañado de un «adjetivo» específico, como por ejemplo suelo «urbanizable», sí estaremos ante un supuesto normativo susceptible de valoración jurídica. De hecho, el suelo urbano o urbanizable no tributa del mismo régimen de facultades dominicales que el suelo rústico o no urbanizable.

En este contexto, la intensidad de protección del suelo (administrativa o penal) dependerá del uso específico que quepa realizarse sobre aquél suelo. Esto es, no es lo mismo un suelo urbano destinado a usos residenciales que un suelo urbano (sito en la parcela contigua si se quiere) destinado a zonas verdes. Estas cuestiones las conocemos como la «clasificación» o la «calificación» del suelo

respectivamente, y ambas tienen una importancia capital en todo lo relacionado con el derecho urbanístico en general y, en cuanto al delito urbanístico se refiere en particular.

No debe olvidarse que mediante la clasificación y la calificación se pretende ordenar urbanísticamente el suelo, decidiéndose en cada caso que usos podrán permitirse y que edificaciones cabrán alzarse. En relación a la importancia, o más concretamente, «el porqué» de la ordenación del uso del suelo me permito acudir nuevamente al maestro FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, quien, citando a su vez «el libro blanco inglés LAND», apuntó lo siguiente: «Mediante las relaciones comerciales con otros países podemos obtener más alimentos, más petróleo o más mineral de hierro, a cambio de aquellos artículos o manufacturas que tenemos en abundancia. Pero el abastecimiento de suelo está ya determinado y fijo. Vivimos en un país pequeño y densamente poblado³³⁵, por lo que la oferta de suelo no sólo está ya determinada, sino que es escasa. Esto hace singularmente importante el deber de planificar correctamente el uso de nuestro suelo. Respecto a la planificación se ha dicho acertadamente que consiste en asegurar un equilibrio apropiado entre todas las demandas de suelo, de tal manera que el suelo se utilice en interés de todo el pueblo. Este es en pocas palabras el problema al que el Derecho Urbanístico de nuestros días tiene que dar respuesta³³⁶».

Ahora bien, al delito urbanístico no se le debería encargar la tutela de cualquier tipo de suelo. Si se quiere garantizar la vigencia del carácter fragmentario del derecho penal, se debería reservar al delito urbanístico solamente para aquellos suelos con valores o intereses urbanísticos más importantes, despreciando los

³³⁵ En esta obra el relato se refería al Reino Unido.

³³⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Manual de Derecho Urbanístico*, 24^o edición, Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, 2016, pp. 16 y 17.

menos relevantes al efecto que sus alteraciones ilegales fueran ventiladas en los pertinentes procedimientos administrativos sancionadores. De todo ello se hablará en el siguiente Capítulo V.

CAPÍTULO V. ESTUDIO DEL DELITO URBANÍSTICO A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA DEL DERECHO PENAL

SUMARIO: I. EL PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO EN EL DERECHO PENAL URBANÍSTICO. 1. El principio de intervención mínima en relación al artículo 319.1 del Código penal: tipo básico del delito urbanístico. (A). Diferenciación de carácter formal: obras «no autorizables». (B). Diferenciación de carácter fragmentario: suelos especialmente protegidos. 2. El principio de intervención mínima en relación al artículo 319.2 del Código penal: tipo básico del delito urbanístico. (A). Algunos ejemplos prácticos de Leyes autonómicas que permiten utilizar el recurso del suelo no urbanizable ordinario, genérico o común. (B). Comentario sobre la Consulta de la Fiscalía General del Estado, 1/2003, de 25 de julio. (C). Toma de posición personal: propuesta de «lege ferenda». II. DELITO URBANÍSTICO Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

I. EL PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO EN EL DERECHO PENAL URBANÍSTICO

Hasta aquí hemos defendido que, la protección jurídica del interés o valor ordenación territorial en su sentido constitucional, de distribución de usos del suelo a la luz del interés general, está plenamente justificada.

De hecho, actualmente nadie niega que la protección del territorio y la ordenación urbanística son valores que deben protegerse mediante el Ordenamiento Jurídico. En este contexto, como destaca el Tribunal Supremo en su Sentencia 335/2009, de 6 de abril: «en el derecho actual nadie pone en duda que las leyes relativas a la materia de ordenación del territorio responden a una necesidad de los tiempos que vivimos, pues no sería concebible hoy un Estado de Derecho en el que estuviera permitido que cualquiera pudiera construir o realizar obras en cualquier clase de terreno conforme a su voluntad. El respeto de esas

normas se encuentra en la línea de unos intereses públicos que han de tener prioridad sobre los meramente privados».

No obstante, si bien la tutela normativa de la ordenación territorial está aceptada, sigue abierta la discusión sobre si debe permitirse en esta cuestión el recurso del Derecho penal, o, por el contrario, sería suficiente que fueran utilizados los instrumentos disponibles en el ordenamiento administrativo sancionador. Como hemos dicho al inicio de esta obra, hasta el año 1995 las cuestiones vinculadas con el ordenamiento urbanístico estaban tuteladas a través de las normas administrativas del sector. Pero, en base a la aludida presunción de insuficiencia de los instrumentos administrativos para garantizar la tutela de los usos del suelo predeterminados normativamente, el legislador penal reforzar la tutela de estos valores a través de la sanción penal.

En definitiva, no cabe duda que la inacabable lista de casos de infracciones urbanísticas existentes permitieron argumentar en su momento que la insuficiencia del derecho administrativo sancionador, a efectos preventivos, justifican la intervención del derecho penal.

No obstante, 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 locales³³⁷, los cuales, han omitido

³³⁷ 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»:

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. Por tanto, opino que la principal causa de la intolerable lista de construcciones ilegales en el territorio español es consecuencia directa de la desidia y parsimonia de las administraciones públicas competentes en ejercer las funciones inspectoras que tienen encomendadas³³⁸.

De hecho, algún autor ha señalado que la pasividad administrativa ha tenido por efecto renunciar al sentido del principio de intervención mínima, algo que ha comportado la configuración de un Derecho penal *prima ratio* ajeno al postulado del principio de intervención mínima. 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

http://politica.elpais.com/politica/2016/07/19/actualidad/1468926807_740333.html (enlace consultado en fecha 1 de septiembre de 2016).

³³⁸ Refrendando esta opinión cabe citarse la noticia publicada en fecha 19 de julio de 2016 en el periódico El País, 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).

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». ³³⁹

En este sentido, considero que si los recursos administrativos fueran correctamente utilizados, al menos en la tutela de las actuaciones en suelos no especialmente protegidos, el Derecho penal, en este sector de actividad, prácticamente no sería necesario. De hecho, 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 bagatela, decidieron la absolución del acusado ³⁴⁰.

³³⁹ QUINTERO OLIVARES, G, *La Justicia Penal en España*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 35.

³⁴⁰ 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

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 social³⁴¹).

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.

Pues bien, en relación a la legitimidad y necesidad de intervención penal, la doctrina científica se encuentra dividida. Por ejemplo, algún autor justifica la intervención penal en la cuestión ordenación territorial a la luz del contenido de la Carta Europea de la Ordenación del Territorio elaborada durante la Conferencia de Ministros Responsables de la Ordenación del Territorio reunida en Torremolinos a finales de mayo del año 1983³⁴². No obstante, muchos otros autores discuten la

del bien jurídico tutelado, ya que los tipos penales no pueden servir como mero reforzamiento de la autoridad administrativa, sin contenido material de antijuridicidad.»

³⁴¹ La tolerancia social, de hecho, se ha revelado como una de las principales causas de la repetición sistemática de esta lacra en el territorio.

³⁴² Por ejemplo, CABALLERO SALINAS, J,M, *Los delitos urbanísticos tras la reforma de la LO 5/2010*, Pamplona, Aranzadi, 2014, p. 49 y ss. Ahora bien, ciertamente, en esta Carta Europea,

alegada necesidad, considerando que la protección penal del ordenamiento urbanístico debe criticarse, aludiendo que se estaría otorgando un papel expansivo e intervencionista al Derecho Penal, contrario al principio de última ratio penal. Por ejemplo, MORILLAS CUEVA apunta que la doctrina «se ha manifestado reacia a la utilización punitiva para la solución expansiva de estos supuestos relacionados con el urbanismo sobre el fundamento de un mayor protagonismo y reforzamiento de los mecanismos administrativos antes de acudir al Derecho penal³⁴³».

También, categóricamente en contra de la intervención del Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ, autor que señala lo siguiente: «¿Qué juicio merece desde perspectivas político-criminales un precepto que sanciona con *penas privativas de libertad* a ciertos sujetos por llevar a cabo «una construcción no autorizada 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»? ¿Y qué decir del que realiza otro tanto con ciertos sujetos que «lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable»? A mi entender, dicho juicio ha de ser abiertamente negativo, tanto desde el punto de vista de las *garantías materiales* como desde el propio de las *garantías formales* del Derecho penal³⁴⁴».

además de ofrecer una definición del concepto ordenación del territorio y urbanismo, se recomienda la protección, pero no exige que sean utilizados medios penales.

³⁴³ MORILLAS CUEVA, L, «Los delitos urbanísticos: una valoración entre dogmática y político criminal», en, SUÁREZ LÓPEZ, J.M, (Cord.), *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)*, Madrid, Dykinson, 2013, p. 198.

³⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M. «Introducción. Necesidad y legitimación de la intervención penal de la tutela de la ordenación del territorio» en DE LA MATA BARRANCO (editor), *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Oñati, ed. Instituto Vasco de la Administración pública, 1998, p. 15.

En suma, llegado a este punto, y atendiendo a las discrepancias de legitimidad existentes en los monografistas relevantes, debemos estudiar si existen razones que justifiquen la intervención del Derecho penal en la misión de referencia, o, por el contrario, debe pensarse que habría bastado con el Derecho administrativo sancionador para cumplir tal objetivo tutelar. Por todo ello, una vez seleccionado el bien jurídico urbanístico, deberemos analizarlo por medio del instrumento dogmático que ofrece el principio de mínima intervención penal.

En este contexto, el principio de última ratio «se deriva de la especial gravedad de las consecuencias penales, de su carácter de último recurso dentro del sistema de control social y de la propia comprensión de la pena como un mal sólo justificado por su necesidad para mantener los presupuestos de la convivencia³⁴⁵».

Este principio, a su vez, se estudia desde dos caracteres diferenciados: fragmentario y subsidiario. Desde el prisma del «carácter fragmentario» del

Si bien en este artículo el autor justifica su crítica más en el principio de proporcionalidad de la intervención penal que no en el principio de última ratio del derecho penal. Así, en el mismo artículo podemos leer que: «como han tenido ocasión de subrayar tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, la Política criminal es, esencialmente, una cuestión que compete al legislador ordinario. Ello significa que el marco que la Constitución dispone para la actividad legiferante en materia de Derecho penal es significativamente amplio. De conformidad con lo anterior, solo excepcionalmente pueden hallarse supuestos de inconstitucionalidad de un precepto promulgado por el legislador. Dicha inconstitucionalidad puede serlo por *exceso*, esto es, por la injerencia del Derecho penal en ámbitos en los que no cabe apreciar un bien jurídico-penal o bien por no haber respetado el principio de protección proporcionada, al individualizar los riesgos penalmente relevantes para dicho bien»: pp 15 y 16.

³⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M, *Derecho Penal Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 76.

principio de intervención mínima se exige que los intereses tutelados por el Derecho penal sean los más importantes y fundamentales para el individuo y la sociedad. Si esta relevancia no concurre, la intervención penal no estaría justificada.

Asimismo, el «carácter subsidiario» del principio de intervención mínima impone que el Derecho penal actúe solamente cuando los demás medios de tutela y sanción de los que dispone el Estado de Derecho sean insuficientes. Así, antes de utilizar el Código penal deberían agotarse las otras vías alternativas, como podría ser una adecuada política social o, talvez, la utilización punitiva del Derecho administrativo sancionador.

En este sentido, avanzo ya mi posición: creo que el actual tipo agravado del delito urbanístico respeta tanto el carácter subsidiario como el carácter fragmentario del principio de intervención mínima. No obstante, distinta consideración de legitimidad guardo para el tipo básico del delito urbanístico, el cual, considero que, *al menos parcialmente*, lesiona el principio de última ratio penal. De hecho, el tipo básico del delito urbanístico es un claro ejemplo donde exactamente la misma conducta (la construcción de una edificación 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 jurídica³⁴⁶.

Ciertamente, en el Código penal podemos encontrar otros ejemplos de esta dinámica de política criminal, según la cual, pueden elevarse a categorías delictuales aquellos intereses cuyas infracciones administrativas se hayan revelado

³⁴⁶ 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.

insuficientes como método de prevención y tutela. Por ejemplo, la seguridad vial es un interés que se protege históricamente por medio del derecho administrativo sancionador. Ahora bien, se ha demostrado que en ocasiones las «multas de tráfico» no alcanzaban el nivel suficiente de amenaza coactiva. Por ello, en el Código penal se incluyeron las conductas infractoras del tráfico rodado más graves, reservándose las demás al derecho administrativo sancionador. Lo mismo puede decirse respecto del interés a proteger y tutelar los recursos de la hacienda pública: a través del sistema impositivo del Estado se procura generar un caudal económico suficiente que permita desarrollar las políticas públicas del Estado Social. En este campo de actuación también se valoró negativamente la reserva absoluta de la tutela al derecho administrativo-tributario, y, por ello, el actual Código penal completa la protección del interés referido, castigando las conductas más graves de evasión fiscal. También, en la salvaguarda del interés ecológico o medioambiental, se ha considerado conveniente recurrir al Derecho penal para completar su tutela, castigando con pena de prisión los ataques más graves que se produzcan al orden ambiental.

Ahora bien, en cada una de las anteriores conductas, cuando se han realizado tareas exegéticas de su antijuricidad material, se han encontrado elementos típicos (algunos discutibles y discutidos) que permiten justificar un interés material penal propio, distinto en todo caso a la mera formalización penal de la infracción administrativa. Por ejemplo, respectivamente: (i) conducir un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente (dejándose en sede administrativa las infracciones por exceso de velocidad que no alcancen tal desvalor); (ii) una cuota defraudada superior a los 120.000 euros (reservándose las infracciones tributarias menores a la inspección fiscal administrativa); o, (iii) que el daño medioambiental, causado o

que se pudiera causar, sea «sustancial³⁴⁷» (castigándose en sede administrativa los daños que no alcancen -o pudieran alcanzar- tal consideración).

Con todo ello, defiendo que el legislador penal puede (y debe) completar la tutela de los intereses protegidos en las normas administrativas cuando éstos interés o valores quepan dentro del grupo de los más importantes y relevantes (carácter fragmentario) y/o, cuando se asuma que, solamente con el derecho administrativo sancionador, no se bastará para completar con éxito la misión tutelar (carácter subsidiario).

Pues bien, las cuestiones que debemos plantearnos en las páginas de este epígrafe son las siguientes: ¿podemos encontrar, en el delito urbanístico, elementos que nos permitan defender un sustrato material penal propio? o, por el contrario, ¿debemos fallar que el artículo 319 CP pasa por ser un delito de mera desobediencia?

En este sentido, y a diferencia de lo que sostiene parte de la doctrina, considero que el delito urbanístico español no constituye un supuesto de infracción meramente formal, no al menos en su tipo cualificado. Por ello, en este epígrafe, me propongo los siguientes objetivos: (i) en relación a tipo agravado, quiero intentar ofrecer las bases suficientes que permitan al lector concretar el nivel de riesgo jurídico-penalmente relevante del tipo penal, bases que, en definitiva, puedan justificar la legitimidad del uso del delito urbanístico español; y, (ii) en relación al tipo básico, quiero explicar por qué éste lesiona el carácter fragmentario del principio de intervención mínima y, con ello, propugnar una modificación parcial del precepto que venga a solucionar los defectos materiales detectados.

³⁴⁷ Si bien, aquí, con todos los problemas de interpretación y subsunción que conlleva utilizar en los textos penales elementos normativas indeterminados.

Asimismo, creo que la actual formulación del tipo penal puede comportar graves problemas de proporcionalidad de las penas, cuestión que será explicada, y justificada con ejemplos, en las páginas siguientes.

1. El Principio de Intervención mínima en relación al artículo 319.1 del Código penal: tipo básico del delito urbanístico

Como ya ha sido defendido, el interés de la comunidad en que se establezca un orden racional de los usos del suelo constituye un valor de notable importancia que exige la indudable intervención del Estado.

Así, para cumplir este objetivo de tutela, el ordenamiento jurídico español utiliza tanto los recursos del derecho administrativo sancionador como la utilización de la amenaza, preventivo general, del derecho penal. En este contexto, creo que podemos encontrar dos planos de separación material entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal:

(A) Diferenciación de carácter formal: Obras «no autorizables»

En sede administrativa el ordenamiento urbanístico determina una serie de requisitos formales o procedimentales que deben seguirse. Por ejemplo, por medio del procedimiento administrativo urbanístico se exige la solicitud de la previa licencia de obras o autorización de cambio de uso urbanístico. Así, el sujeto que desee construir o edificar deberá, formalmente, solicitar el permiso oportuno a la administración competente.

Pues bien, la infracción de esta imposición formal, justificada en el previo control del sistema urbanístico español, dentro del modelo sectorial previamente predeterminado por el plan, no constituye una lesión suficiente del bien jurídico protegido que justifique la intervención del Derecho penal. Estas infracciones formales deberán resolverse en sede administrativo-urbanística.

En este sentido, como ya ha sido dicho, el bien jurídico tutelado es la ordenación racional e inteligente de los usos del suelo en cuanto a recurso natural limitado y atendiendo a su función social y, por ello, el mero incumplimiento formal del procedimiento reglamentario no lesiona materialmente ese valor superior. Antes de la reforma del Código penal, operada por medio de la Ley Orgánica 5/2010, bastaba para la consumación (o subsunción literal) del delito que las obras fueran «no autorizadas», lesionando con ello la necesaria separación de espacios punitivos entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal. No obstante, el actual redactado del tipo ha superado tal problema valorativo y, ahora, ya exige que las obras construidas sean «no autorizables». Este cambio típico permite superar el primer examen de legitimidad del precepto penal.

(B) Diferenciación de carácter fragmentario: suelos especialmente protegidos

Asimismo, el precepto del tipo cualificado no castiga todas las conductas no autorizables, solamente interviene cuando se consuman las prácticas más lesivas y graves para el interés tutelado. Así, el Código penal solamente interviene si las obras de urbanización, construcción o edificación han sido levantadas 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.

Una primera nota previa que debe señalarse es que los suelos incluidos en el artículo 319.1 CP no discriminan ningún tipo de clasificación urbanística posible. Esto es, tanto los suelos clasificados urbanos, urbanizables como los no urbanizables (denominados éstos últimos como rústicos o rurales en determinadas Comunidades autónomas) pueden ser objeto de tutela penal urbanística vía 319.1 CP. Lo importante aquí es el destino social previsto en el plan, uso de interés general

predeterminado o bien, contar con una calificación administrativa de especial protección.

Es decir, el tipo cualificado adopta una «separación fragmentaria» respecto al sistema de protección urbanística administrativo: interviene solamente cuando los suelos afectados por la actividad ilegal sean «los más importantes» del sistema social urbanístico.

Formaría parte de esta tipología los lugares que el plan urbanístico ha decidido reservar como espacios públicos, como por ejemplo los suelos destinados a calles y caminos, parques y jardines, equipamientos comunitarios, bibliotecas, escuelas, etc. En este sentido, considero que las construcciones no autorizables levantadas en esos lugares, lesionan de forma muy evidente el legítimo interés urbanístico social predeterminado por el planeamiento y, por ello, la lesión material del bien jurídico es evidente.

Asimismo, el segundo grupo de suelos incluidos en el tipo cualificado del delito son aquéllos que, explícitamente, hayan sido considerados de especial protección por su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural. Una nota característica de este tipo de suelo (que me servirá luego para diferenciarlos de los suelos protegidos en el tipo básico del delito urbanístico³⁴⁸) es que para la protección del uso predeterminado se exige su intangibilidad física casi absoluta. Es difícilmente compatible la protección de los usos urbanísticos protegidos en el

³⁴⁸ En otro tipo de suelos, como por ejemplo el suelo calificado para el uso agrario o ganadero (suelos que también pueden considerarse especialmente protegidos por esas razones), las alteraciones físicas del entorno no solamente son posibles, sino que se representan muy probables para el buen fin de la actividad proyectada.

tipo cualificado cuando se altere físicamente, por medio de la mano del hombre, las características naturales del lugar protegido³⁴⁹.

En definitiva, el tipo cualificado del delito urbanístico solamente se activa cuando se lesionen los intereses urbanísticos más importantes, determinados por las normas de ordenación territorial y, por ende, supera con creces el examen de legitimidad a la luz del criterio de fragmentariedad.

2. El Principio de Intervención mínima en relación al artículo 319.2 del Código penal: tipo básico del delito urbanístico

En el epígrafe anterior he defendido la validez del desvalor material incluido en tipo agravado del delito urbanístico, asegurado que éste se limita a tutelar las lesiones urbanísticas más graves, ejecutadas en los suelos más protegidos del territorio nacional.

Ahora bien, el tipo básico del precepto penal presenta mayores problemas de legitimidad. En este sentido, el artículo 319.2 del Código penal castiga a los constructores, promotores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizable en «suelo no urbanizable». Esta redacción típica es altamente criticable.

En este contexto, cuando el legislador penal hace depender el desvalor penal del delito en el concepto «suelo no urbanizable», lo hace olvidando que este

³⁴⁹ Ello no significa que defienda la tesis de afectación ecológica como bien jurídico protegido del delito urbanístico. Puede acometerse una edificación no autorizable en suelo especialmente protegido ecológico que consume el tipo urbanístico, pero, sin embargo, que la misma edificación no consume el delito ambiental: la construcción no alcanza el nivel de daño «sustancial» al medio ambiente exigido por el tipo del 325 CP.

concepto administrativo no permite encontrar, no al menos sin otros elementos coadyuvantes³⁵⁰, suficientes elementos que, en el juicio de antijuricidad, le permitan entender superado el examen material del tipo penal.

De hecho, esta referencia normativa al concepto suelo no urbanizable remite a la clasificación (no calificación) del suelo establecida en cada uno de planes de ordenación territorial municipal que, en el marco de las disposiciones urbanísticas, predeterminadas por las leyes urbanísticas autonómicas, se hayan aprobado³⁵¹.

Pues bien, en este sentido, el principal problema exegético o valorativo que plantea el concepto no urbanizable es que, en ocasiones, algunas Comunidades autónomas permiten la clasificación en tal categoría de suelos que no presentan objetivamente ningún especial valor urbanístico, sino que simplemente, se ha decidido administrativamente que deben quedarse fuera de los procedimientos de urbanización.

Este hecho permite la configuración del comúnmente conocido como «suelo no urbanizable ordinario, genérico o común», el cual, insistimos, se reserva de la urbanización sin que sobre él pese algún tipo de valor de especial protección.

(A) Algunos ejemplos prácticos de Leyes autonómicas que permiten utilizar el recurso del suelo no urbanizable ordinario, genérico o común

³⁵⁰ Como podría ser, por ejemplo, la calificación del suelo, por medio de la cual se reconociera al suelo no urbanizable algún tipo de protección urbanística singular.

³⁵¹ En España hay más de 8.000 Ayuntamientos con competencias municipales urbanísticas, que pueden decidir con cierto margen de disposición, las características del suelo no urbanizable local.

Por ejemplo, se permite en el artículo 16 del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, en el cual se señala que: «Tendrán la condición de suelo no urbanizable los terrenos clasificados como tales por el planeamiento por concurrir alguna de las circunstancias siguientes: (...) (d) Todos los que el plan general, de forma motivada, no considere transformables en urbanos de acuerdo con el modelo de evolución urbana fijado. 2. En el suelo no urbanizable se distinguirán las categorías de suelo no urbanizable genérico y suelo no urbanizable especial».

Del mismo modo permite el suelo no urbanizable ordinario o común (en su concepto de suelo rústico), la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, ya que, en el artículo 21 de Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears se señala que: «Constituyen el suelo rústico los terrenos que el planeamiento urbanístico general preserve de los procesos de desarrollo o transformación urbanística, mediante su ordenación y la protección de los elementos de identidad que les caractericen en función de sus valores agrícolas, forestales, pecuarios, cinegéticos, naturales, paisajísticos o culturales, y su aportación a la defensa de la fauna, la flora y el mantenimiento del equilibrio territorial y ecológico. También constituyen suelo rústico los terrenos no clasificados expresamente como urbanos o urbanizables por el planeamiento urbanístico general».

También, por ejemplo, el artículo 16 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, se señala que: «En el suelo rústico, el planeamiento general podrá distinguir las siguientes categorías, a fin de adecuar el régimen de protección a las características específicas de los terrenos: (a) Suelo rústico común, constituido por los terrenos que no se incluyan en ninguna de las otras categorías, conforme a los criterios señalados en los siguientes apartados. (...)»

De igual modo, se permite la categoría de suelo rústico ordinario en el artículo 31 de Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia, el cual señala que: «Tendrán la condición de suelo rústico: (...) (c) Los terrenos que el plan general o los instrumentos de ordenación del territorio no consideren adecuados para el desarrollo urbanístico, en consideración a los principios de utilización racional de los recursos naturales o de desarrollo sostenible. 2. Dentro del suelo rústico se distinguirá el suelo rústico de protección ordinaria y el suelo rústico de especial protección».

En definitiva los anteriores ejemplos ilustran la situación criticada en estas páginas. En el territorio español podemos encontrar espacios clasificados como suelos no urbanizables especialmente protegidos, y, suelos no urbanizables comunes o generales que se hayan decidido reservar de la urbanización por puras razones de discrecionalidad administrativa y, sin que en aquellos, pueda valorarse algún tipo de interés urbanístico singular que permita reconocerlos dignos de algún tipo de tutela reforzada.

(B) Comentario sobre la Consulta de la Fiscalía General del Estado, 1/2003, de 25 de julio

En el antiguo texto de la Ley estatal 6/1998, 13 abril, sobre régimen del suelo y valoraciones³⁵² se señalaba, en concreto en el artículo 9.2 (redacción originaria), que: «Tendrán la condición de suelo no urbanizable, a los efectos de esta Ley, los terrenos en que concurren alguna de las circunstancias siguientes: que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se

³⁵² Ley derogada por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, que, a su vez, fue derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que, a su vez, ha sido derogado por el actual 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.

ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquéllos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano».

Como se observa del inciso final del precepto transcrito, la norma estatal permitía clasificar suelos no urbanizables por el simple hecho de que la administración los considerase «inadecuados para un desarrollo urbano», caso paradigmático de suelo no urbanizable genérico o común.

En este sentido, por medio del Real Decreto Ley Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes se operó una reforma del precepto, al objeto de eliminar la posibilidad de clasificar suelo no urbanizable común³⁵³.

Pues bien, a la luz de tal modificación se elaboró la Consulta de la Fiscalía General del Estado, 1/2003, de 25 de julio³⁵⁴, en la cual se trató la relevancia jurídico-penal de la modificación de la Ley del suelo estatal. En concreto, se estudió, si a partir de la precitada reforma, y a la imposibilidad legal de la clasificación no

³⁵³ En la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley se señaló, expresamente, que: «Por lo que respecta al sector inmobiliario, las medidas que se adoptan pretenden corregir las rigideces advertidas en el mercado como consecuencia del fuerte crecimiento de la demanda y la incidencia en los productos inmobiliarios del precio del suelo, condicionada a su vez por la escasez de suelo urbanizable. En consecuencia, la reforma que se introduce habrá de incrementar la oferta del suelo al eliminar aquellas previsiones normativas en vigor que por su falta de flexibilidad pudieran limitarla, trasladando este efecto positivo al precio final de los bienes inmobiliarios».

³⁵⁴ Consulta de la Fiscalía General del Estado consultada en fecha 12 de diciembre de 2017 en el enlace siguiente: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/CONS/CON_01_2003.pdf

urbanizable general, el tipo penal del delito urbanístico debía interpretarse considerando al suelo no urbanizable como, en todo caso, suelo no urbanizable especialmente protegido.

En concreto, en las conclusiones de dicha Consulta se puede leer que: «Comprobada la clasificación, la reforma del régimen general de este tipo de suelo introducida en el Real Decreto Ley 4/2000 obliga a llevar el juicio de tipicidad un paso más allá para alcanzar el análisis del fundamento de la misma al objeto de discernir si responde, como exige ahora la normativa estatal, a la concurrencia de un régimen especial de protección o a la finalidad de preservar algún valor o fin específico del suelo, o bien si, por el contrario, es fruto de una decisión discrecional de la Administración planificadora en el desarrollo de una determinada estrategia territorial, en cuyo caso se entenderá que el terreno en cuestión ha sido reclasificado en suelo urbanizable por ministerio de la Ley y ha quedado en su virtud al margen de la esfera de influencia del tipo penal.

En definitiva, el Real Decreto Ley 4/2000 lejos de vaciar de contenido el art. 319.2 CP, ha contribuido a desformalizar la conducta típica asociando la protección penal del suelo a la concurrencia de algún valor singular digno de protección e, siendo distinto de los enunciados en el art. 319.1 CP, justifique con arreglo al planeamiento su exclusión del proceso de urbanización. Ello obliga a efectuar un deslinde más cuidadoso de los criterios de subsunción, forzando una delimitación negativa del tipo que excluya de su esfera de aplicación únicamente los terrenos clasificados de no urbanizables por una opción estratégica del planeamiento en la configuración de las áreas de expansión de la población al margen de su valor intrínseco. De acuerdo con lo expuesto, cabe concluir que

(i) El sustrato fáctico del tipo penal del art. 319.2 CP no desaparece tras las medidas de liberalización del suelo acordadas en el Real Decreto Ley 4 si bien queda circunscrito a aquellos tipos de suelo no urbanizable que el planeamiento haya

decidido preservar en razón de la concurrencia de un singular valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales.

(ii) La ley autonómica que establezca un criterio de clasificación del suelo no urbanizable incompatible con el fijado en el art. 9 LRSV no se aplicará como norma de complemento para la formación del juicio de tipicidad del art. 319.2 CP».

Esta consideración interpretativa de la Fiscalía General del Estado tuvo poco recorrido ya que, mediante Ley 10/2003, de 20 de mayo, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes, se modificó nuevamente el redactado del artículo 9 de la Ley del Suelo, reincorporándose la eventual capacidad de clasificar suelo no urbanizable general³⁵⁵.

Asimismo, y en cuanto al fondo de la consulta, no comparto tampoco el criterio de atipicidad parcialmente sobrevenida del artículo 319.2 CP vinculada al entonces nuevo redactado del artículo 9 de la Ley del Suelo.

Ciertamente la reforma precitada eliminó de la Ley del Suelo la posibilidad de clasificar como no urbanizable suelo únicamente por su consideración de inadecuado para un desarrollo urbano (el conocido como suelo no urbanizable común) y, por tanto, después de la reforma comentada, solamente debían tener la condición de suelo no urbanizable aquellos suelos que estuvieran sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con

³⁵⁵ Si bien el redactado final quedó con algunas notas diferenciales de los redactados anteriores. En concreto, tal precepto quedó de la siguiente forma: «Que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para el desarrollo urbano, bien por imperativo del principio de utilización racional de los recursos naturales, bien de acuerdo con criterios objetivos de carácter territorial o urbanístico establecidos por la normativa urbanística».

los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial -competencia de las Comunidades Autónomas-, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público o, aquellos suelos que el planeamiento general -competencia municipal- considerase necesario preservar por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales.

Ahora bien, debe recordarse que las competencias urbanísticas vinculadas a las tipologías del suelo (según la STC 61/1997) estaban atribuidas a las Comunidades Autónomas y, en último término, al menos en el plano ejecutivo, a los Entes Locales, esto es: para la existencia de una efectiva destipificación parcial del tipo penal los entes locales deberían haber modificado sus planeamientos urbanísticos municipales, eliminando de los mismos el concepto suelo no urbanizable común o general, algo que no consta que ocurriera.

(C) Toma de posición personal: propuesta de «lege ferenda»

El problema del concepto suelo no urbanizable como elemento normativo del tipo básico del delito urbanístico es un problema de política criminal. En este sentido, considero que la inclusión de este elemento lingüístico, sin algún complemento de juicio de antijuricidad material, permite una subsunción literal del tipo básico urbanístico a comportamientos cuyo desvalor sea puramente formal (o de mera desobediencia a la norma administrativa).

También, del estudio comparado del actual texto penal a la luz de los preceptos sancionadores urbanístico-administrativos concurrentes, se resolverá que, actualmente, «exactamente la misma conducta», la construcción no autorizable en suelo no urbanizable, colma las dos normas punitivas, con el agravante que los operadores jurídicos no cuentan con criterios objetivos de

delimitación entre ambos ordenamientos sancionadores. A mayor abundamiento, creo que actualmente la tipicidad del delito urbanístico previsto en el segundo apartado del precepto es exageradamente punitiva, castigándose penalmente actuaciones que, a la luz del principio de mínima intervención, deberían quedar confiadas plenamente al derecho administrativo sancionador.

En definitiva, con el actual redactado del artículo 319.2 CP se sancionan penalmente construcciones levantadas en todo tipo de suelos clasificados como *no urbanizables*, 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*, que se reserva de la urbanización sin reconocer en él alguna consideración de especial protección o interés reforzado de reserva natural.

Por todo ello, considero que sería conveniente proponer al legislador una modificación parcial del tipo penal que, además de respetar el principio de intervención mínima, propicie la separación material de las conductas infractoras administrativas de las penales. Al objeto, planteo la siguiente propuesta de *lege ferenda*, según la cual, el segundo apartado del artículo 319 del Código Penal podría quedar redactado del siguiente modo:

«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 suelo no urbanizable que legal o administrativamente haya sido considerado de especial protección y no esté incluido en el apartado anterior».

Como se observa, la modificación legislativa propuesta pasaría por introducir un complemento de la clasificación no urbanizable penalmente típica, a saber, un especial valor del suelo por el cual «legal o administrativamente haya sido considerado de especial protección».

Dogmáticamente, esta propuesta de *lege ferenda* ofrecería los elementos objetivos suficientes para poder determinar el nivel de antijuricidad material del tipo básico del delito urbanístico. Asimismo, el resultado práctico de esta propuesta legislativa (en el campo de lo operativo-judicial) sería el siguiente:

(i) Si el sujeto realiza obras no autorizables en suelo especialmente protegido estaremos ante un delito del artículo 319 del Código Penal; si las construcciones se realizan sobre espacios 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 la luz de que estos espacios son los más protegidos y valorados, debería responder por el tipo cualificado del delito urbanístico.

(ii) Si las obras no autorizables se levantan sobre suelo «no urbanizable protegido», no incluido en los supuestos del tipo cualificado -como podrían ser los suelos no urbanizables por sus valores agrícolas, ganaderos, cinegéticos, forestales, etc.-, el sujeto respondería por el tipo básico del delito urbanístico.

(ii) Si un sujeto realiza obras no autorizables en suelo «no urbanizable común» -suelo reservado de la urbanización pero sobre el cual no pesa ningún régimen de especial protección- su conducta será atípica penalmente pero ilícita administrativamente, siendo competentes los instrumentos de derecho administrativo sancionador.

(iii) Ahora bien, si para realizar las obras ilegales, en cualquier tipo de suelo, el particular ha contado con la connivencia del funcionario municipal -facilitando permisos ilegales, silenciando inspecciones obligatorias, etc.- ambos podrían responder por un delito de prevaricación urbanística o, en su caso, por alguno de los tipos de cohecho.

En definitiva, la modificación legislativa propuesta no propiciaría espacios de impunidad sobrevenida. El suelo y la ordenación territorial seguirían estando protegidos penalmente.

Sí se evitarían procedimientos penales contra aquellas edificaciones menos lesivas para el bien jurídico protegido, como son las edificaciones levantadas en suelos no urbanizables que no cuenten con ningún tipo de valor urbanístico especial, construcciones que, a la luz del carácter fragmentario del principio de intervención mínima, deberían quedar confiadas plenamente al campo del derecho administrativo sancionador.

II. DELITO URBANÍSTICO Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

A mayor abundamiento, y como cuestión final de esta obra, creo oportuno valorar algunas cuestiones del delito urbanístico que inciden en el principio de proporcionalidad de las penas.

De hecho, algunos autores han criticado la tipificación penal del precepto urbanístico esencialmente en el marco de la lesión de este principio. Por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ afirma que: «la cuestión podría no referirse al principio de intervención mínima o *ultima ratio*, cuando precisamente se alega como fundamento de la intervención penal el fracaso protector de los medios extrapenales (podría haber, pues, necesidad de pena). Sin embargo, aun fracasados los medios extrapenales para la prevención de determinados ilícitos,

éste no puede intervenir si ello se muestra, a la vista del ilícito en cuestión, abiertamente desproporcionado (ausencia de merecimiento de pena). Por lo demás, conviene poner de relieve que, mientras que, según jurisprudencia bastante asentada, el principio de intervención mínima carece de rango constitucional, no ocurre lo mismo con el principio de proporcionalidad de la intervención penal». Y sigue apuntando que, a su juicio «es precisamente éste el probablemente vulnerado por la concreta regulación de los delitos sobre la ordenación del territorio³⁵⁶».

Pues bien, en base al reconocimiento constitucional del principio de proporcionalidad, en el año 2004 se presentaron dos Cuestiones de inconstitucionalidad que, básicamente, discutían el encaje de las penas del delito urbanístico en nuestro sistema jurídico punitivo. La primera de estas Cuestiones, promovida por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, se resolvió por medio del Auto del Tribunal Constitucional, 103/2004, de 13 de abril, que inadmitió a trámite tal incidente procesal, sin, además, realizar algún tipo de pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión.

Ahora bien, la segunda de las Cuestiones de inconstitucionalidad presentadas³⁵⁷, promovida por la misma Audiencia Provincial de Ciudad Real, sí

³⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M, «Introducción. Necesidad y Legitimación de la Intervención Penal en la Tutela de la Ordenación del Territorio», en, DE LA MATA BARRANCO, N, (Coord.) *Delitos contra el urbanismo y la Ordenación del Territorio*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 17 (en la nota a pie de página tercera).

³⁵⁷ En concreto, la Cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real aludió a la posible quiebra del principio de proporcionalidad, en primer lugar, porque en el artículo 319.2 CP se establecen penas privativas de libertad para una conducta ilegal o irregular administrativamente que no consiste necesariamente en un atentado grave, frente al resto de conductas típicas del título XVI del CP, que están presididas por la exigencia de la gravedad. En segundo término, porque la criminalización prevista en el artículo 319.2 CP sólo dejaría subsistentes en el ámbito administrativo conductas calificadas como infracción leve en supuestos de falta de

obtuvo un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión que merece algún comentario. En este contexto, básicamente, el Tribunal Constitucional denegó la lesión del principio de proporcionalidad de la pena del delito urbanístico (tipo básico) por dos motivos: (i) aseguró que la desproporción del precepto penal no concurría ya que, la pena privativa de libertad del artículo 319 del Código penal no superaba los dos años de prisión, y, por ende, era susceptible de suspensión ordinaria o, en su caso, sustitución³⁵⁸; y, después (ii) criticó que la Audiencia de Ciudad Real no le hubiera facilitado un criterio de comparación con otras consecuencias jurídicas punitivas del ordenamiento jurídico urbanístico que ilustraran la alegada desproporción de la pena del tipo básico urbanístico³⁵⁹.

licencia, proyecto o algún trámite. En tercer lugar, porque el artículo 319.2 CP, al tratarse de un tipo penal en blanco, posibilita, merced a las competencias sobre calificación del suelo de la Administración, que dos conductas no sean igualmente sancionables. En último término, porque, según el escrito de la Audiencia, con el tipo básico del delito urbanístico se permite una reacción penal innecesaria ante infracciones de menor gravedad e, incluso, aunque se entendiera adecuada la reacción penal, la pena privativa de libertad es desproporcionada para dichas conductas.

³⁵⁸ Concretamente, en el Auto se señala que: «(...) en cualquier caso, no puede apreciarse la existencia de un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la conducta punible y la sanción prevista, que permita afirmar que se ha producido una lesión de la libertad desde la perspectiva de los arts. 17.1 y 25.1 CE, ya que, por una parte, en términos comparativos, el apartado primero de dicho art. 319 establece una pena con un límite de superior gravedad en la privación de libertad que el propio apartado segundo cuestionado y, por otra, incluso analizado desde la perspectiva global del CP, la pena privativa de libertad de seis meses a dos años prevista en dicho precepto tiene la consideración de menos grave (art. 33.3.a CP) y está, hasta en su grado máximo, dentro de los límites previstos para la suspensión de su ejecución (art. 80.1 CP) y, en caso de que el condenado no sea reo habitual, dentro de los límites previstos para la sustitución de la pena (art. 88.1 CP)».

³⁵⁹ Así, en el Auto se indica que: «En el presente caso, el órgano que plantea la cuestión no establece un criterio de comparación para argumentar la desproporción de la pena privativa de

Pues bien, estoy en disposición de discutir ambas afirmaciones del Tribunal Constitucional, justificadoras en aquél caso de la (más que discutible) proporción de la pena del tipo básico delito urbanístico.

En relación a la primera de las cuestiones, debe señalarse que el Tribunal Constitucional analizó el precepto penal en su redactado original (CP de 1995) cuya pena máxima de prisión, efectivamente, era de dos años. Ahora bien, mediante la reforma del Código penal, operada mediante la Ley Orgánica 5/2010, se agravaron las consecuencias jurídica del tipo básico del artículo 319 CP, estableciendo ahora una posible pena de prisión de hasta tres años. Esta pena de prisión de tres años ya no permite el argumento legitimador del principio de proporcionalidad mostrado por el Tribunal Constitucional, ya que, con la actual consecuencia jurídica, la suspensión ordinaria de la pena se complica.

Es más, en relación a la segunda de las cuestiones argumentadas por el Tribunal Constitucional, fácilmente podemos traer a colación ejemplos de infracciones urbanísticas administrativas donde, exactamente la misma conducta que la prevista en el artículo 319.2 CP, se soluciona con una multa menor. Aquí debemos insistir en la idea que se intenta trasladar a lo largo de este Capítulo: de una interpretación literal del delito previsto en el segundo apartado del artículo 319 CP se concluye que éste castiga cualquier obra no autorizable en cualquier suelo no urbanizable. Por ello, más arriba he defendido la necesidad de modificar el tipo penal.

De hecho, las bondades de esta propuesta legiferante se incrementan si, por ejemplo, nos imaginemos el siguiente escenario: un sujeto es propietario, en suelo no urbanizable (no especialmente protegido), de una antigua masía catalana (edificio tradicional y principal de una explotación agrícola aislada). Aquella

libertad que implica la conducta descrita en el art. 319.2 CP».

edificación está consolidada en el territorio y su uso es autorizable. Ahora bien, el propietario de esas tierras decide levantar una edificación anexa y accesoria a la masía principal, destinada a garaje, en la cual pretende aparcar sus automóviles. Esta segunda edificación, levantada en suelo no urbanizable, resulta que no es autorizable.

Pues bien, reveladoramente, si la anterior infracción urbanística (inventada pero posible) la resolvemos mediante el Código penal, el autor puede responder con una pena de prisión de hasta tres años. Ahora bien, si la misma infracción se resuelve con el Código urbanístico de la Comunidad autónoma de Cataluña, la infracción se clasificaría como «leve» y la consecuencia jurídica máxima no superará la multa menor. En concreto, en el artículo 215 de Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, se señala que, se considerarán «infracciones leves»: la vulneración del ordenamiento jurídico urbanístico en suelo no urbanizable, no sujeto a protección especial, cuando la infracción consista en la construcción de elementos auxiliares o complementarios de un uso o una edificación preexistentes legalmente implantados.

Como se observa, la desproporción de la pena de prisión, para el actual modelo del tipo básico penal, es más que evidente.

A mayor abundamiento, el anterior ejemplo inventado es perfectamente posible, como demuestro trayendo a colación la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 73/2018, de 13 de enero, resolución mediante la cual se castiga al constructor de una edificación accesoria (no autorizable) a la principal (sí autorizada), con los siguientes argumentos: «Se argüía también que no estaríamos propiamente ante una construcción sino ante un simple exceso, lo que no sería conducta contemplada por el art. 319 CP artículo 319 CP. El recurrente contaba con licencia. El artículo 319 en la redacción vigente en el momento de los hechos solo

contemplaría supuestos de construcción sin autorización pero no los excesos de volumen o cabida respecto de la licencia o la modificación de construcciones autorizadas. El tema es acertadamente analizado y resuelto tanto en la sentencia de instancia como en el dictamen de impugnación del Fiscal. Asumimos los argumentos expuestos en una y otro. Podrían, ciertamente, excluirse del tipo los excesos proporcionalmente reducidos o insignificantes; pero nunca casos como el aquí examinado de absoluta y patente desviación de los términos condicionados de la licencia. La STS 1067/2006 de 17 de enero, contemplaba un supuesto con alguna analogía al presente pues no toda la construcción era «ilegal»: «Las modificaciones, excesos o ampliaciones de construcciones autorizadas o autorizables son también construcción cuando son relevantes por sí mismas, relevancia que no puede minimizarse aquí a la vista las desviaciones de que estamos hablando. Es concorde la doctrina a la hora de considerar típicas además de las construcciones realizadas sin la preceptiva licencia, aquellas que cuentan con licencia pero se llevan a cabo incumpliendo sus condiciones o al margen de su contenido; o modificadas posteriormente desbordando las limitaciones y condiciones de la autorización. Ciertamente en precedentes prelegislativos (art. 383 del proyecto de CP de 1980) se contemplaba expresamente el supuesto de construcciones ultra vires de la licencia. Pero la desaparición de su mención expresa obedece a una idea de economía legislativa: es innecesaria su tipificación explícita pues ya está abarcada en la genérica descripción típica. Esos excesos de altura, o volumen o de otra naturaleza constituyen construcción no autorizada y son incardinables en el tipo».

En suma, todas las cuestiones críticas vinculadas con el principio de proporcionalidad también podrían solucionarse si se aceptara la propuesta modificativa del tipo básico señalada en este estudio.

Insisto: debemos criticar que se pueda castigar penalmente unas obras simplemente porque el suelo que las soporta conste administrativamente clasificado como no urbanizable. Si resulta que ese suelo no urbanizable es común

o general, sin disfrutar de ningún régimen de especial protección, su eventual lesión debe ventilarse en sede administrativa. Lo contrario significa castigar penalmente una conducta administrativa elevada a la forma de delito, sin contar aquélla con algún elemento de antijuricidad material diferencial que la legitime y diferencie de la infracción urbanística municipal. A mayor abundamiento, como hemos señalado en este último punto, la utilización del Derecho penal en este ámbito de actuación, estableciendo penas de prisión para conductas previstas como simples infracciones urbanísticas leves, lesiona gravemente el principio de proporcionalidad, garantía inescindible de nuestro sistema constitucional.

CONCLUSIONES FINALES

PRIMERA: DE LAS DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO URBANÍSTICO Y EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA. **SEGUNDA:** CONCEPTUALIZACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO URBANÍSTICO COMO CUESTIÓN INDEPENDIENTE AL VALOR MEDIOAMBIENTAL. **TERCERA:** LOS TRIBUNALES ESTÁN APLICANDO ANALÓGICAMENTE CONTRA REO ALGUNOS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL. **CUARTA:** EL PROBLEMA EXEGÉTICO DEL CONCEPTO PENAL «SUELO NO URBANIZABLE». **QUINTA:** CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA NORMA PENAL EN BLANCO EN EL DELITO URBANÍSTICO. **SEXTA:** DELIMITACIÓN MATERIAL DEL DELITO URBANÍSTICO TIPO AGRAVADO: ARTÍCULO 319.1 CP. **SÉPTIMA:** DELIMITACIÓN MATERIAL DEL DELITO URBANÍSTICO TIPO BÁSICO: ARTÍCULO 319.2 CP. **OCTAVA:** CONSECUENCIA JURÍDICA DEL ARTÍCULO 319.2 Y LESIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. **NOVENA:** PROPUESTA DE «LEGE FERENDA», EN RELACIÓN AL TIPO BÁSICO DEL DELITO URBANÍSTICO, QUE SOLUCIONE LOS PROBLEMAS DE LEGITIMIDAD DETECTADOS

PRIMERA: DE LAS DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO URBANÍSTICO Y EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA

El delito urbanístico previsto en el artículo 319 del Código Penal y el fenómeno de la corrupción urbanística deben estudiarse en dos planos de estudios independientes. En concreto considero que el delito urbanístico tipificado en el artículo 319 del Código Penal no castiga (al menos no sin otros tipos coadyuvantes en concurso, como la prevaricación urbanística o el cohecho) la corrupción urbanística.

En este sentido, y si bien actualmente no existe una definición unívoca de corrupción, una primera aproximación la encontramos en el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, donde se define *corrupción* como «acción y efecto de corromper o corromperse» (primera acepción), o, también, «en las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquéllas en provecho económico o de otra índole, de sus gestores» (cuarta acepción). Asimismo, la ONG Transparencia Internacional define la *corrupción política* como la «manipulación de políticas, instituciones y normas de procedimiento en la asignación de recursos y financiamiento por parte de los responsables de las decisiones políticas para poder conservar su poder, estatus y patrimonio».

Como puede observarse, idea común es el abuso de un poder público y, por ello, puede definirse la corrupción como la acción de aprovecharse de un poder público encomendado en beneficio particular o de terceros. Cuando el abuso del poder verse sobre cuestiones de Derecho urbanístico estaremos formalmente ante casos de corrupción urbanística.

Es decir, la utilización torcida de las normas que regulan el uso y transformación del suelo es presupuesto necesario de la corrupción urbanística, revelándose ésta como un tipo especializado de corrupción general en la cual los corruptos utilizan las competencias públicas urbanísticas para beneficiarse a sí mismos o a terceros.

Por ende, materialmente la corrupción urbanística puede reconocerse en cualquier decisión apartada de la legalidad del Derecho en materia de ordenación del territorio, como por ejemplo: (i) decidir la reclasificación a urbanizable de un suelo no urbanizable que, por sus características naturales, debería conservar el régimen de especial protección; (ii) permitir activamente -otorgando una licencia urbanística ilegal- o pasivamente -no realizando *dolosamente* las inspecciones

obligatorias pertinentes- la construcción de edificios o la realización de actividades incompatibles con la clasificación o calificación de un determinado suelo; (iii) recurrir a expedientes de modificación de planeamiento municipal con la única finalidad de legalizar de forma sobrevenida actuaciones urbanísticas declaradas ilegales en sede judicial contencioso-administrativa; (iv) permitir actuaciones en suelo urbano sin contar con el preceptivo proyecto de reparcelación urbanística y, con ello, renunciar *de facto* a las cesiones urbanísticas municipales; (v) dictar informes irreales mediante los cuales inflar el justiprecio de una expropiación urbanística; o, (vi) suspender licencias o denegar derechos legítimos urbanísticos a tercero sin base legal alguna. Evidentemente las anteriores sólo son una lista explicativa de algunos casos de incumplimiento del Derecho urbanístico que pueden ser utilizados como instrumentos para favorecer los intereses propios o de terceros y constituir con ello corrupción urbanística. No son un *númerus clausus*. Cualquier decisión que se aparte de la legalidad urbanística, dolosamente tomada, puede llegar a considerarse corrupción urbanística.

A diferencia de todo lo anterior el delito urbanístico persigue las obras ilegales especialmente intolerables, y con él se castiga al sujeto que decide levantar una edificación o ejecutar una construcción ilegal, pero, este delito no necesita (no al menos *sine qua non*) corromper o abusar de un poder público, presupuesto de la corrupción urbanística.

Pues bien, considerando que en la Conclusión final de esta obra propondré una derogación parcial del tipo urbanístico (a la luz del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y, sobretodo, en base al principio de intervención mínima y proporcionalidad), me veo obligado a señalar las siguientes cuestiones: (i) soy plenamente consciente del grave problema que constituye la corrupción urbanística (tal y como he tratado a lo largo del Capítulo segundo de este estudio) y, por ello, afirmo que no deben facilitarse espacios de impunidad a ese fenómeno criminal, el cual, constituye una auténtica lacra social; y, (ii) cuando cuestione la

política criminal urbanística del Estado lo haré considerando que la modificación del artículo 319 CP que propondré queda fuera del marco de actuación del Derecho penal como arma de tutela y sanción ante el problema de la corrupción urbanística.

SEGUNDA: CONCEPTUALIZACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO URBANÍSTICO COMO CUESTIÓN INDEPENDIENTE AL VALOR MEDIOAMBIENTAL

Al vivir en comunidad debemos ordenar racional e inteligentemente los distintos usos del suelo. Los intereses urbanísticos necesitados de protección son variados y multidisciplinarios. En ocasiones la delimitación de usos ordenadamente decidida por el plan general tendrá como fin la tutela medioambiental, paisajística o forestal. En otras, quizás, se buscará la promoción de vivienda social, equipamientos deportivos, zonas verdes municipales, etc. Pero, también, como es obvio, al formar parte del interés general, en otros suelos se facilitarán espacios industrializados, todos ellos preñados de infraestructuras logísticas de impacto ambiental que previamente hayan sido ordenadas por el plan director urbanístico. En definitiva, cuando mediante la ordenación territorial y el urbanismo se delimitan y reparten los usos en el territorio, además de imponer un determinado modelo de gestión sectorial administrativo, se protege el mandato contenido en el artículo 33.2 de la Constitución española, sometiendo el uso de la propiedad privada del suelo al interés general o, siguiendo la expresión constitucional, defendiendo su función social.

Por todo ello, considero que el bien jurídico del delito previsto en el artículo 319 del Código penal es el «valor constitucional de una ordenación, inteligente y racional, del uso del suelo en cuanto recurso natural limitado y atendiendo a su función social».

A diferencia de lo anterior, algunos autores consideran que la consumación del delito urbanístico exige la afectación al valor medioambiental del suelo, encontrándose en nuestra base jurisprudencial recurrentes Resoluciones que fallan la atipicidad de la acción en base a la ausencia de afectación medioambiental relevante. No comparto tal posición.

En este sentido, ciertamente, las sociedades humanas contemporáneas para poder desarrollar sus intereses vitales deben organizar los usos del suelo desde dos dimensiones distintas. La primera (y quizá más importante) desde una dimensión ecológica o medioambiental, la cual, tiene por objeto salvaguardar una serie de espacios terrestres del impacto humano, cuya lesión natural, no solamente causaría un empobrecimiento de la calidad de vida de las poblaciones actuales, sino, sobre todo, hipotecaría las posibilidades vitales de las generaciones futuras. De ello se preocupa el legislador mediante las normativas protectoras del bien jurídico medio ambiente. Así, el artículo 325 CP encuentra su justificación en la protección del medio ambiente, y, ciertamente, dentro del concepto amplio de medio ambiente se han incluido cuestiones como la protección del aire, aguas (ríos, mares, lagos...), montes, bosques, y demás elementos naturales, de todo tipo de inmisiones lesivas, como las construcciones, los vertidos, las emisiones de gases, etc.

Ahora bien, junto a la anterior dimensión del suelo como elemento natural medioambiental, la comunidad, inescindiblemente, debe procurarse espacios donde progresar civil y económicamente, precisando para ello lugares destinados a la actividad urbana e industrial. Así, debe reconocerse que el suelo, no es ni nada más ni nada menos que el espacio físico donde se asienta la vida humana, la cual, para su éxito, no solamente precisa de unos recursos naturales protegidos, sino, también, de lugares donde el derecho a la urbanización, edificación o industrialización sean usos legítimamente reconocidos. Insisto, el interés medioambiental es uno de los

intereses de la especie humana, quizá el más importante, pero no el interés absoluto. El ser humano, al vivir en comunidad, precisa de un entorno urbano, en concurso con espacios industrializados, que le permitan desarrollar su plan vital.

En suma, la ordenación urbanística no pretende «siempre» regular los usos del suelo a la luz de los intereses medioambientales. La civilización contemporánea necesita suelos donde levantar ciudades, fábricas, naves, hoteles, explotaciones mineras, carreteras, puertos, etc. Estos intereses son los que justifican la elevación del interés urbanístico o de ordenación territorial al nivel de bien jurídico protegible penalmente. En concreto, con el fin de garantizar el equilibrio entre las distintas dimensiones del suelo se utiliza la ordenación urbanística, cuyo sistema planificado e inteligente permite el desarrollo equilibrado de las distintas necesidades de la población, también las medioambientales, al decidir reservar todos aquellos suelos que, por su reconocido valor natural, sean precisos mantener fuera de explotación; y, (no menos importante) seleccionar aquellos espacios que deberán soportar mayor grado de afectación.

Por todo ello, a diferencia del interés tutelado en el delito medioambiental, el artículo 319 CP se justifica en la tutela de la ordenación inteligente del uso del suelo, atendiendo a su realidad como bien natural limitado. Recordemos aquí el ejemplo práctico que hemos indicado en el Capítulo cuarto de esta obra. Imaginemos un suelo clasificado como suelo no urbanizable y calificado para usos de explotación agraria o ganadera. Imaginemos también que en ese suelo se desarrolla, legalmente y con las autorizaciones pertinentes, una actividad de explotación porcina: actividad que se ha demostrado altamente contaminante y lesiva medioambientalmente. Pues bien, imaginemos ahora que el propietario de esos suelos decide cerrar la actividad industrial y, en su lugar, después de limpiar el suelo, construye, en contra de los usos predeterminados por el plan municipal, una edificación unifamiliar de dos plantas, con jardín y piscina. El sujeto habría colmado el tipo del

delito urbanístico, pero, su acción, lejos de lesionar el medio ambiente, habría mejorado su tutela o protección: el uso del chalet familiar comportaría una actividad contaminante infinitamente menor que la cría de cerdos para su explotación en la industria cárnica.

En definitiva, cuando el plan urbanístico decide los espacios que pueden utilizarse para actividades industriales altamente contaminantes no está protegiendo el medio ambiente, está regulando los usos inteligentes del espacio físico en el cual se asienta la vida humana. Por todo ello, considero que los intereses tutelados en el delito urbanístico son valores distintos al interés medioambiental ecológico. Es más, en ocasiones, la lesión urbanística no comportará afectación medioambiental alguna, hecho que no podrá decidir la falta de tipicidad de la acción por ausencia de antijuricidad material de la misma

Finalmente, y en consecuencia con todo lo anterior, si determinamos que los bienes jurídicos protegidos por el delito urbanístico y el delito medioambiental son distintos, deberemos, por coherencia jurídica, sostener que, ante un mismo hecho con capacidad de doble subsunción (urbanística y ambiental), su solución práctica judicial pasará por utilizar el criterio del concurso de delitos, en ocasiones en forma de concurso ideal, en otras, atendiendo a las circunstancias concomitantes, en forma de concurso medial.

TERCERA: LOS TRIBUNALES ESTÁN APLICANDO ANALÓGICAMENTE CONTRA REO ALGUNOS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

En el primer apartado del artículo 319 se castigan las obras no autorizables levantadas en los lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural o, (y aquí viene lo relevante en la cuestión analógica) que por «los mismos motivos» hayan sido

considerados de especial protección. En este sentido, considero que cuando el tipo penal explícitamente señala la exigencia de «por los mismos motivos» debe entenderse que solamente serán subsumibles en el tipo agravado aquellas obras ilegales que se levanten en el suelo de especial protección a la luz de su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, ninguno más. Así, si se comete una infracción urbanística consistente en obras no autorizables levantadas en suelos especialmente protegidos por su valor, por ejemplo, forestal, cinegético o ganadero, el asunto debería resolverse por medio del tipo básico del delito urbanístico (o, en su caso, mediante el derecho administrativo sancionador). Lo contrario, subsumir en el tipo especial la lesión material de un suelo que no goce de las características expresamente previstas en el primer apartado del artículo 319 del Código penal pasaría por una aplicación analógica del precepto cuya posibilidad, como ya he señalado, debe tacharse contraria al principio de legalidad penal.

Asimismo, y con el fin de procurar una separación coherente del tipo penal con las infracciones urbanísticas administrativas, sobre todo desde un enfoque de interpretación sistemática y en el marco de la garantía de intervención mínima penal, en el Capítulo tercero de esta obra he criticado la aplicación analógica contraria al reo que, de forma recurrente, están fallando los Tribunales. Me refiero a la cuestión vinculada a los sujetos activos del delito urbanístico. En este sentido, considero que el tipo descrito en el artículo 319 del Código penal pasa por ser un delito *especial propio* cuyos autores únicamente podrán ser aquellos promotores, constructores, o técnicos directos, que, dentro de un marco de profesionalidad o habitualidad, participen en la ejecución de unas obras de edificación, construcción o urbanización no autorizables en alguno de los suelos tutelados por el precepto penal. Esta interpretación la sustento en las dos siguientes apreciaciones:

Primero, desde un argumento a la luz de una interpretación literal del precepto debe asumirse que el legislador penal decidió a conciencia el actual redactado

del artículo 319 del Código penal, utilizando, en relación a los sujetos amenazados con pena, los «sustantivos» constructor, promotor o técnico director. Si se hubiera querido dar la forma del delito común al precepto se habría podido utilizar perfectamente la forma genérica de «el que», más el pretérito imperfecto del verbo subjuntivo «construyera, promoviera o dirigiera».

Segundo, y, sobre todo, desde un argumento sostenido a la luz de una interpretación teleológica del precepto, en el marco de su antijuricidad material, defiendo que, para determinar el grado de antijuricidad penal de la acción deberemos analizar el grado de lesión urbanística, primero atendiendo al tipo de suelo afectado (grado de protección), y, después, a las condiciones particulares del sujeto responsable (grado de sometimiento a la normativa reguladora urbanística atendiendo a su actuar como profesional del sector). En este sentido, no tiene el mismo grado de antijuricidad o desvalor de acción (y así considero que lo configuró el legislador penal español con el redactado del artículo 319 CP) la realización de unas obras ilegales ejecutadas por un profesional de la construcción, cuyo oficio le somete a un mayor grado de cumplimiento normativo, que la edificación levantada aisladamente, en el mismo tipo de suelo, por alguien ajeno al mundo de la construcción, como, por ejemplo, el agricultor que, propia mano, levanta una edificación menor o amplía el volumen de una caseta preexistente.

Asimismo, es importante que destaquemos que la conceptualización del tipo urbanístico como tipo especial no propiciaría espacios de impunidad. Todo lo contrario. Sí propiciaría una mayor racionalidad a la hora de clasificar las distintas infracciones urbanísticas y ayudaría, con ello, a la siempre necesaria sumisión del Derecho penal al principio de intervención mínima. Piénsese en los siguientes ejemplos. Si algún promotor o constructor profesional del sector es responsable de una construcción no autorizable en suelo protegido será autor del delito urbanístico y responderá ante la jurisdicción penal. Por el contrario, si un particular aisladamente y de forma ocasional levanta, propia mano, una edificación ilegal, estaremos ante

una infracción del ordenamiento urbanístico sancionador, y, por ello, deberá responder demoliendo a su cargo las obras ilegales más pagando la sanción administrativa correspondiente. A mayor abundamiento, es obvio que si el particular pretende levantar o construir una edificación de cierta entidad volumétrica, con mayor potencialidad lesiva al bien jurídico protegido, precisará de los servicios de profesionales de la construcción, y, por ello, aquí también estaríamos ante un supuesto subsumible en el tipo penal, solucionándose el asunto en el marco de las teorías consolidadas de la participación del «extraneus» en el delito especial (participando el profesional como autor del delito urbanístico y el particular como inductor o cooperador necesario del mismo).

CUARTA: PROBLEMA EXEGÉTICO DEL CONCEPTO PENAL «SUELO NO URBANIZABLE»

En la tipicidad del artículo 319.2 del Código penal (tipo básico del delito urbanístico) se exige que las obras se hayan levantado en suelo «no urbanizable». En este sentido, y en relación a este elemento del tipo, la mayoría de la jurisprudencia y doctrina aceptan que el tipo penal urbanístico constituye una norma penal en blanco que se remite al derecho administrativo urbanístico para constatar esta cuestión.

Ahora bien, todas las Comunidades Autónomas han asumido como propias las competencias urbanísticas, y, todas ellas, han aprobado leyes urbanísticas autonómicas que presentan notables diferencias conceptuales. En concreto, y en relación a la cuestión explicada en esta Conclusión, hay un número significativo de normas urbanísticas autonómicas que desprecian el término «no urbanizable» y apuestan por otras posibilidades conceptuales, como el «suelo rústico» o el «suelo rural». Por ello, resolver una definición unívoca del concepto penal del «suelo no

urbanizable», que facilite la subsunción del hecho urbanístico al tipo penal, presenta una cierta dificultad. De entrada, parece razonable que los Tribunales penales acepten como válido, vía interpretación extensiva del tipo urbanístico, el concepto administrativo suelo rústico o suelo rural como elemento integrante de la tipicidad, cuando así sea señalado ese concepto en los planes urbanísticos municipales. Repugnaría al sentido común la eventual absolució penal, por falta de tipicidad, en base a que las obras de edificaci3n ilegales se levantaron en suelo rústico y no en suelo no urbanizable, si en aquella comunidad autónoma se utilizara tal definici3n con análogo significado.

A mayor abundamiento, resulta que la jurisdicci3n contencioso-administrativa ha venido permitiendo la «valoraci3n» judicial del concepto suelo «no urbanizable». Así, en ocasiones, los Tribunales de la jurisdicci3n contenciosa han fallado que un determinado suelo, clasificado formalmente en el plan urbanístico municipal como «suelo no urbanizable», debía considerarse judicialmente como «suelo urbano» ya que, aquél, estaba fácticamente urbanizado.

Por todo ello parece razonable cuestionar si el concepto «suelo no urbanizable» constituye un elemento lingüístico normativo cuya realizaci3n exige simplemente *la constataci3n formal* de la clasificaci3n urbanística del lugar, o bien, ese concepto constituye un elemento normativo *valorativo* respecto del cual el juez penal tiene cierto margen de disposici3n interpretativa.

En definitiva, la pregunta que debe resolverse es la siguiente: ¿la construcci3n de una edificaci3n no autorizable en suelo clasificado administrativamente como no urbanizable, el cual, no obstante, cuenta con todos los elementos factuales reglamentarios para poderlo considerar urbanizado (suelo pavimentado, con electricidad, con canalizaciones, etc.), colma el tipo penal del artículo 319.2 CP?

A la luz del bien jurídico propuesto: el «valor constitucional de una ordenación, inteligente y racional, del uso del suelo en cuanto recurso natural limitado y atendiendo a su función social», considero que si la administración permitió o toleró, a lo largo de los años, dolosamente o culposamente, la consumación y consolidación de la urbanización ilegal en cuestión, la construcción ilegal de una edificación adicional levantada en ese lugar (siempre que el suelo no estuviera especialmente protegido) no lesionaría el interés tutelado por el delito urbanístico. Deberían valorarse, no obstante, las eventuales responsabilidades (incluso penales: prevaricación urbanística, cohecho,...) de los funcionarios públicos que facilitaron esa urbanización ilegal. Ahora bien, como es evidente, si la urbanización ejecutada es el mismo objeto del delito enjuiciado, no cabrá otra posibilidad que la condena penal.

Asimismo, considero que éste problema interpretativo también es consecuencia de la deficiente redacción del tipo penal *básico* del delito urbanístico, el cual, tal y como he criticado en el Capítulo quinto de este estudio (y explicaré resumidamente en la última Conclusión novena), con la tipicidad actual se configura (parcialmente) como un delito de mera desobediencia a la norma administrativa, huérfano de un sustrato de antijuricidad material propio.

QUINTA: CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA NORMA PENAL EN BLANCO EN EL DELITO URBANÍSTICO

Considero que el delito estudiado en esta obra tiene forma de norma penal en blanco, ya que, para completar su supuesto de hecho, debemos acudir inescindiblemente al contenido formal de un ordenamiento extrapenal. En este contexto, y con las reservas ya realizadas en cuanto al concepto suelo no urbanizable (tal y como he apuntado en la anterior Conclusión cuarta), para poder constatar la consumación típica del delito urbanístico, en todo caso, deberemos

acudir a la norma extrapenal urbanística y, a su luz, comprobar si las obras realizadas eran, o no, *autorizables*. Además, claramente, el supuesto de hecho del tipo agravado del delito urbanístico debe completarse, con plena sujeción al contenido de la norma extrapenal, en qué suelos están destinados a viales, zonas verdes o bienes de dominio público o, qué lugares tiene reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural.

Pues bien, el problema que se plantea (contingencia por otra parte común en la temática de las leyes penales en blanco) es el de la modificación del texto normativo extrapenal que completa el delito en cuestión y su juego con los dispuesto en el artículo 2.2 del Código penal. En concreto deberíamos plantearnos las siguientes preguntas: ¿debe aplicarse retroactivamente, al hecho ya cometido, la recalificación sobrevinida de unas obras no autorizables en autorizables? O, ¿puede aplicarse retroactivamente, al hecho ya cometido, la reclasificación sobrevinida del suelo no urbanizable a suelo urbano o urbanizable?

En este orden de cuestiones, considero que cuando se modifica la normativa administrativa que determina las condiciones de las autorizaciones urbanísticas no se está modificando (necesariamente) los juicios de antijuricidad que justifican (y legitiman) el delito urbanístico. Exactamente lo mismo puede decirse desde el prisma de la reclasificación del suelo. Cuando se decide la reclasificación del suelo, simplemente se produce un cambio físico del lugar de protección urbanística penal, pero no acontece un cambio del juicio de reprochabilidad penal de la acción típica. La acción antijurídica es la misma: construir una obra no autorizable en suelo no urbanizable o, en suelo protegido, sigue estando penalmente perseguido.

En definitiva, entiendo que la forma correcta de trabajar el problema de la retroactividad penal en el delito urbanístico pasa por analizar si el cambio de planeamiento urbanístico comporta, a su vez, una modificación en el juicio de antiju-

ricidad que justifica el delito urbanístico. Así, si la modificación de la norma extrapenal no comporta cambio alguno en el juicio de desvalor, mediante el cual se pueda valorar correctamente, de forma retroactiva, la conducta realizada antes de la reforma del plan urbanístico, no cabrá plantearse la atipicidad sobrevenida del delito urbanístico cometido.

SEXTA: POSIBLE DELIMITACIÓN MATERIAL DEL DELITO URBANÍSTICO DEL TIPO AGRAVADO: ARTÍCULO 319.1 CP

En este estudio concluyo que el tipo cualificado del delito urbanístico dispone de un marco propio de antijuricidad material, que le diferencia de la mera infracción administrativa, y, con ello, justifica, al menos en el marco del principio de intervención mínima, su presencia en el ordenamiento jurídico punitivo.

En concreto, el precepto del tipo cualificado no castiga todas las conductas no autorizables, solamente interviene cuando se consuman las prácticas más lesivas y graves para el interés tutelado y, por ende, supera con creces el examen de legitimidad a la luz del criterio de fragmentariedad. Así, solamente se interviene si las obras de urbanización, construcción o edificación han sido levantadas 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.

Formaría parte de esta tipología los lugares que el plan urbanístico ha decidido reservar como espacios públicos, como por ejemplo los suelos destinados a calles y caminos, parques y jardines, equipamientos comunitarios, bibliotecas, escuelas, etc. En este sentido, considero que las construcciones no autorizables levantadas en esos lugares, lesionan de forma muy evidente el legítimo interés

urbanístico social predeterminado por el planeamiento y, por ello, la lesión material del bien jurídico es evidente. Asimismo, el segundo grupo de suelos incluidos en el tipo cualificado del delito son aquéllos que, explícitamente, hayan sido considerados de especial protección por su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural. Una nota característica de este tipo de suelo es que para la protección del uso predeterminado se exige su intangibilidad física casi absoluta. Es difícilmente compatible la protección de los usos urbanísticos protegidos en el tipo cualificado cuando se altere físicamente, por medio de la mano del hombre, las características naturales del lugar protegido. Por todo ello, entiendo que el tipo cualificado adopta una «separación fragmentaria» respecto al sistema de protección urbanística administrativo: interviene solamente cuando los suelos afectados por la actividad ilegal sean «los más importantes» del sistema social urbanístico.

SÉPTIMA: POSIBLE DELIMITACIÓN MATERIAL DEL DELITO URBANÍSTICO
TIPO BÁSICO: ARTÍCULO 319.2 CP

En la Conclusión sexta anterior he defendido que el tipo calificado del delito urbanístico soporta un examen de validez material, asegurado que éste se limita a tutelar las lesiones urbanísticas más graves, ejecutadas en los suelos más protegidos del territorio nacional.

Ahora bien, el tipo básico del precepto penal presenta mayores problemas de legitimidad. En este sentido, el artículo 319.2 del Código penal castiga a los constructores, promotores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizable simplemente por haberse alzado en «suelo no urbanizable». Esta redacción típica es altamente criticable.

En este contexto, cuando el legislador penal hace depender el desvalor penal del delito en el concepto «suelo no urbanizable», lo hace olvidando que este

concepto administrativo no permite encontrar suficientes elementos que, en el juicio de antijuricidad, le permitan entender superado el examen material del tipo penal, no al menos sin otros elementos coadyuvantes (como podría ser la exigencia típica de que el suelo no urbanizable estuviera calificado de especial protección agrícola o forestal -valores, dicho sea de paso, no incluidos en la tutela del tipo agravado-). De hecho, esta referencia normativa al concepto suelo no urbanizable remite a la clasificación (no calificación) del suelo establecida en cada uno de planes de ordenación territorial municipal que, en el marco de las disposiciones urbanísticas, predeterminadas por las leyes urbanísticas autonómicas, se hayan aprobado. Pues bien, en este sentido, el principal problema exegético o valorativo que plantea el concepto no urbanizable es que, en ocasiones, algunas Comunidades autónomas permiten la clasificación en tal categoría de suelos que no presentan objetivamente ningún especial valor urbanístico, sino que simplemente, se ha decidido administrativamente que deben quedarse fuera de los procedimientos de urbanización. Este hecho permite la configuración del comúnmente conocido como «suelo no urbanizable ordinario, genérico o común», el cual, insistimos, se reserva de la urbanización sin que sobre él pese algún tipo de valor de especial protección.

Pues bien, entiendo que la posibilidad de castigar penalmente, en base al artículo 319.2 CP, aquella construcción no autorizable en un suelo no urbanizable que, no obstante, no esté especialmente protegido o no cuente con algún valor urbanístico diferencial, convierte al tipo básico del precepto penal en un delito sin reconocimiento claro de antijuricidad material. Por ello, (tal y como se ha trabajado en el Capítulo quinto de esta obra y será resumido en la Conclusión novena de la misma) uno de los objetivos principales de este trabajo pasa por proponer una modificación legislativa que propicie la separación de los dos ámbitos sancionadores urbanísticos del Estado, y, con ello, dotar al delito urbanístico de un grado suficiente de antijuricidad material diferencial.

OCTAVA: CONSECUENCIA JURÍDICA DEL ARTÍCULO 319.2 Y LESIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

En esta obra concluyo que la pena adscrita al tipo básico del delito urbanístico lesiona el principio de proporcionalidad, principio expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional como límite imponible al legislador penal.

De hecho, a la luz de tal principio limitador, y en relación al tipo básico del delito urbanístico, el Tribunal Constitucional, en el año 2004, resolvió una Cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real. En este contexto, la Resolución dictada por el Tribunal Constitucional negó la lesión del principio de proporcionalidad de la pena del delito urbanístico (tipo básico) por dos motivos: (i) aseguró que la desproporción del precepto penal no concurría ya que, la pena privativa de libertad del artículo 319 del Código penal no superaba los dos años de prisión, y, por ende, aquélla medida era susceptible de suspensión ordinaria o, en su caso, sustitución; y, después (ii) criticó que la Audiencia de Ciudad Real no le hubiera facilitado un criterio de comparación con otras consecuencias jurídicas punitivas del ordenamiento jurídico urbanístico que ilustraran la alegada desproporción de la pena del tipo básico urbanístico. Pues bien, creo estar en disposición de discutir ambos motivos, y, con ello, criticar la actual desproporción de la consecuencia jurídica del artículo 319.2 CP, más cuando se compara con su eventual alternativa administrativo-sancionadora.

En relación a la primera de las cuestiones, debe señalarse que el Tribunal Constitucional analizó el precepto penal en su redactado original (CP de 1995) cuya pena máxima de prisión, efectivamente, era de dos años. Ahora bien, mediante la reforma del Código penal, operada mediante la Ley Orgánica 5/2010, se agravaron las consecuencias jurídica del tipo básico del artículo 319 CP, estableciendo ahora una posible pena de prisión de hasta tres años. Esta pena de prisión de tres años ya no permite el argumento legitimador del principio de proporcionalidad mostrado

por el Tribunal Constitucional, ya que, con la actual consecuencia jurídica, la suspensión ordinaria de la pena se complica.

En relación a la segunda de las cuestiones argumentadas por el Tribunal Constitucional, fácilmente podemos traer a colación ejemplos de infracciones urbanísticas administrativas donde, exactamente la misma conducta que la prevista en el artículo 319.2 CP, se soluciona con una multa menor. Como muestra de ello me parece oportuno citar nuevamente el ejemplo que, con motivo del principio de proporcionalidad, he utilizado en el Capítulo quinto de este trabajo. Imaginemos el siguiente escenario: un sujeto es propietario, en suelo no urbanizable (no especialmente protegido), de una antigua masía catalana (edificio principal y tradicional de una explotación agrícola aislada). Aquella edificación está consolidada en el territorio y su uso es autorizable. Ahora bien, el propietario de esas tierras decide levantar una edificación anexa y accesoria a la masía principal, destinada a garaje, en la cual pretende aparcar sus automóviles. Esta segunda edificación, levantada en suelo no urbanizable, resulta que no es autorizable. Pues bien, reveladoramente, si la anterior infracción urbanística (inventada pero posible) la resolvemos mediante el Código penal, el autor puede responder con una pena de prisión de hasta tres años. Ahora bien, si la misma infracción se resuelve con el Código urbanístico de la Comunidad autónoma de Cataluña, la infracción se clasificaría como «leve» y la consecuencia jurídica máxima no superará la multa menor. En concreto, en el artículo 215 de Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, se señala que, se considerarán «infracciones leves»: la vulneración del ordenamiento jurídico urbanístico en suelo no urbanizable, no sujeto a protección especial, cuando la infracción consista en la construcción de elementos auxiliares o complementarios de un uso o una edificación preexistentes legalmente implantados.

Como se observa, la desproporción de la pena de prisión, para el actual

modelo del tipo básico penal, es más que evidente. Finalmente, entiendo que todas las cuestiones críticas vinculadas con el principio de proporcionalidad también podrían solucionarse si se aceptara la propuesta modificativa del tipo básico del delito urbanístico que se señala en este estudio, y, cuyo resumen ofrezco en la siguiente y última conclusión del mismo.

NOVENA: PROPUESTA DE «LEGE FERENDA», EN RELACIÓN AL TIPO BÁSICO DEL DELITO URBANÍSTICO, QUE SOLUCIONE LOS PROBLEMAS DE LEGITIMIDAD DETECTADOS

Más arriba he señalado que la inclusión en el artículo 319.2 CP del elemento lingüístico «suelo no urbanizable», sin algún otro elemento coadyuvante que permita completar el juicio de antijuricidad material, facilita una subsunción literal del tipo básico urbanístico a comportamientos cuyo desvalor sea puramente formal (o de mera desobediencia a la norma administrativa).

De hecho, del estudio comparado del actual texto penal a la luz de los preceptos sancionadores urbanístico-administrativos concurrentes, se resuelve que, actualmente, «exactamente la misma conducta», la construcción no autorizable en suelo no urbanizable, colma las dos normas punitivas, con el agravante que los operadores jurídicos no cuentan con criterios objetivos de delimitación entre ambos ordenamientos sancionadores.

En concreto, con el actual redactado del artículo 319.2 CP se sancionan penalmente construcciones levantadas en todo tipo de suelos clasificados como *no urbanizables*, 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*, que se

reserva de la urbanización sin reconocer en él alguna consideración de especial protección o interés reforzado de reserva natural.

Por todo ello, considero que sería conveniente proponer al legislador una modificación parcial del tipo penal que, además de respetar el principio de intervención mínima, propicie la separación material de las conductas infractoras administrativas de las penales. Por ello, planteo la siguiente propuesta de *lege ferenda*, según la cual, el segundo apartado del artículo 319 del Código Penal podría quedar redactado del siguiente modo:

«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 suelo no urbanizable que legal o administrativamente haya sido considerado de especial protección y no esté incluido en el apartado anterior».

Como se observa, la modificación legislativa propuesta pasaría por introducir un complemento de la clasificación no urbanizable penalmente típica, a saber, un especial valor del suelo por el cual «legal o administrativamente haya sido considerado de especial protección».

Dogmáticamente, esta propuesta de *lege ferenda* ofrecería los elementos objetivos suficientes para poder determinar el nivel de antijuricidad material del tipo básico del delito urbanístico. Asimismo, el resultado práctico de esta propuesta legislativa (en el campo de lo operativo-judicial) sería el siguiente:

(i) Si el sujeto realiza obras no autorizables en suelo especialmente protegido estaremos ante un delito del artículo 319 del Código Penal; si las

construcciones se realizan sobre espacios 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 la luz de que estos espacios son los más protegidos y valorados por el ordenamiento, debería responder por el tipo cualificado del delito urbanístico.

(ii) Si las obras no autorizables se levantan sobre suelo «no urbanizable protegido», no incluido en los supuestos del tipo cualificado -como podrían ser los suelos no urbanizables por sus valores agrícolas, ganaderos, cinegéticos, forestales, etc.-, el sujeto respondería por el tipo básico del delito urbanístico.

(ii) Si un sujeto realiza obras no autorizables en suelo «no urbanizable común» -suelo reservado de la urbanización pero sobre el cual no pesa ningún régimen de especial protección- su conducta será atípica penalmente pero ilícita administrativamente, siendo competentes los instrumentos de derecho administrativo sancionador.

(iii) Ahora bien, si para realizar las obras ilegales, en cualquier tipo de suelo, el particular ha contado con la connivencia del funcionario municipal -facilitando permisos ilegales, silenciando inspecciones obligatorias, etc.- ambos podrían responder por un delito de prevaricación urbanística o, en su caso, por alguno de los tipos de cohecho.

En definitiva, la modificación legislativa propuesta no propiciaría espacios de impunidad sobrevenida. El suelo y la ordenación territorial seguirían estando protegidos penalmente. Sí se evitarían procedimientos penales contra aquellas edificaciones menos lesivas para el bien jurídico protegido, como son las edificaciones levantadas en suelos no urbanizables que no cuenten con ningún tipo de valor urbanístico especial, construcciones que, a la luz del carácter fragmentario

del principio de intervención mínima, deberían quedar confiadas plenamente al campo del derecho administrativo sancionador.

Insisto: debemos criticar que se pueda castigar penalmente unas obras simplemente porque el suelo que las soporta conste administrativamente clasificado como no urbanizable. Si resulta que ese suelo no urbanizable es *común* o *general*, sin disfrutar de ningún régimen de especial protección, su eventual lesión debe ventilarse en sede administrativa. A mayor abundamiento, la utilización del Derecho penal en este ámbito de actuación, estableciendo penas de prisión para conductas previstas en ocasiones como simples infracciones urbanísticas leves, lesiona gravemente el principio de proporcionalidad, garantía inescindible de nuestro sistema constitucional.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

AUTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Auto del Tribunal Constitucional 216/1996, de 18 de julio

Auto del Tribunal constitucional 103/2004, de 13 abril

Auto del Tribunal Constitucional 395/2004, de 19 octubre

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia del Tribunal Constitucional, 61/1997, de 20 de marzo

Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 2002

Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero

Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2004, de 24 de febrero

Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2005, de 14 febrero

Sentencia del Tribunal Constitucional 283/2006, de 9 octubre

Sentencia del Tribunal Constitucional 49/2008, de 9 de abril

Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2009, de 26 de enero

AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Auto del Tribunal Supremo 1786/2013, de 3 de octubre

Auto del Tribunal Supremo 201/2014, de 10 de septiembre

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 20 de 1989

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 27 mayo de 1994

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 26 de junio del 2001

Sentencia del Tribunal Supremo 1067/2006, Sala Segunda, de 17 de octubre

Sentencia del Tribunal Supremo 1182/2006, Sala Segunda, de 29 de noviembre

Sentencia del Tribunal Supremo 335/2009, Sala Segunda, de 6 de abril

Sentencia del Tribunal Supremo 1127/2009, Sala Segunda, de 27 de noviembre

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 19 de enero 2012

Sentencia del Tribunal Supremo 529/2012, Sala Segunda, de 21 junio

Sentencia del Tribunal Supremo 443/2013, Sala Segunda, de 22 de mayo

Sentencia del Tribunal Supremo 568/2014, Sala Segunda, de 7 de julio

Sentencia del Tribunal Supremo 676/2014, Sala Segunda, de 15 de octubre

Sentencia del Tribunal Supremo 816/2014, Sala Segunda, de 24 de noviembre

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 708/2016 de 19 de septiembre

Sentencia del Tribunal Supremo 270/2017, Sala Segunda, de 18 abril

Sentencia del Tribunal Supremo 1159/2017, Sala Tercera, de 30 de junio

Sentencia del Tribunal Supremo 586/2017, Sala Segunda, de 20 de julio

Sentencia del Tribunal Supremo 73/2018, Sala Segunda, de 13 de enero

Sentencia del Tribunal Supremo 88/2018, Sala Segunda, de 21 de febrero

SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

Citadas en orden cronológico general

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 2 de noviembre de 1999

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, 15/2000 de 14 de marzo

Sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, 137/2003 de 14 julio

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 464/2004 de 26 de octubre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 247/2005 de 2 de noviembre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 3/2006, de 30 enero

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, 224/2006, de 19 abril

Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén 54/2008 de 29 de febrero

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 151/2009 de 25 mayo

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 213/2009 de 27 de mayo

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, 659/2009 de 5 de octubre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, 289/2010 de 15 de junio

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, 356/2010 de 20 julio

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, 4/2011 de 2 de febrero

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 199/2011 de 25 de julio

Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, 255/2011 de 15 de diciembre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 14 de junio 2012

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 103/2013 de 20 de mayo

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 402/2013 de 11 de septiembre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, 198/2013 de 31 de octubre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, 118/2014 de 10 marzo

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 116/2014 de 21 de marzo

Sentencia de la audiencia Provincial de la Comunidad Valencia, de 9 de junio de 2014

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 184/2014 de 20 de junio

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 192/2014 de 27 de junio

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, 492/2014 de 18 de noviembre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 945/2014 de 9 diciembre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 19/2015, de 3 de febrero

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, 46/2015 de 26 de febrero de 2015

Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén 101/2015 de 28 de abril

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 149/2015 de 22 mayo

Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, 69/2016 de 15 de marzo

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, 52/2017 de 7 Febrero

ANEXO BIBLIOGRÁFICO

ACALE SÁNCHEZ, M, *Delitos urbanísticos*, Barcelona, Cedecs, 1997.

ACALE SÁNCHEZ, M, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, 1ª edición, Barcelona, Bosch, 2011.

ALONSO ÁLAMO, M, *Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos*, en «Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXIX, ISSN 1137-7550:61-105», 2009.

ALVAREZ CONDE, E, *Curso de Derecho Constitucional, Volumen I, El Estado constitucional, El sistema de fuentes y Los derechos y libertades*, 5ª edición, Madrid, Tecnos, 2005.

ÁLVAREZ GARCÍA, J, *Tratado de los delitos y las penas. Introducción*, Granada, editorial Comares, 1996.

ÁNGEL RUBIO LARA, P, «Corrupción urbanística y corrupción pública en el Derecho penal: un estudio de la situación tras la reforma de 2010» en *La Corrupción a Examen*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

ANGOSTO SÁEZ, J.F, *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano*, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1998.

BLANCO CORDERO, I, *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª edición, Pamplona, Aranzadi, 2002.

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).

BONET CORREA, A., *Las Claves del Urbanismo*, 1ª edición, Barcelona, Planeta, 1995.

CABALLERO SALINAS, J,M, *Los delitos urbanísticos tras la reforma de la LO 5/2010*, Pamplona, Aranzadi, 2014.

CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.

CARO JOHN, J.A., *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber* https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf

CASTRO MORENO, A., OTERO GONZÁLEZ, P., *Corrupción y Delito: Aspectos de Derecho Penal español y desde la perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2017.

CUGAT MAURI, M, *El tráfico de influencias, un tipo prescindible*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 16-07, 2014.

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

DE LA MATA BARRANCO, N.J., *Protección penal del medio ambiente y accesoriadad administrativa*, Barcelona, Cedecs, 1996.

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.

DIEZ RIPOLLÉS, J,L. *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003.

FABIÁN CAPARRÓS, E, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Manual de Derecho Urbanístico*, 24ª edición, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos, 2016.

FERRAJOLI, L, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª edición (segunda reimpresión), Madrid, Trotta, 2016.

GARCÍA ARÁN, M, «Limitaciones del Derecho Penal en la prevención del delito urbanístico», en GARCÍA ARÁN, M (cord.) *La delincuencia económica: prevenir y sancionar*, Valencia, Tirant, 2014.

GARCÍA DE ENTERRIA, E y PAREJO ALFONSO, L, *Lecciones de Derecho urbanístico*, 2ª edición, Civitas, 1981.

GARCÍA PLANAS, G, *El delito urbanístico. Delitos relativos a la ordenación del territorio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

GIMENO SENDRA, V, *Derecho Procesal Penal (Segunda Edición)*, Pamplona, Thomson Reuters – Civitas, 2015.

GIMBERNAT ORDEIG, E, en ROLAND HEFENDEHL (ed.) *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

GÓMEZ TOMILLO, M, *Consideraciones en torno al campo límite entre el Derecho*

Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, Editorial La Ley, Actualidad Penal, Sección Doctrina, 2000 (LA LEY 2795/2001).

GÓRRIZ ROYO, E, *Los delitos de prevaricación urbanística*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

HANS WELZEL, «Derecho natural y positivismo jurídico», en *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, Buenos aires, Editorial B de f, 2013.

HASSEMER, W; MUÑOZ CONDE, F, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989.

HEIDENHEIMER, A, J, «Perspectives on the Perception of Corruption», en *Political corruption, A Handbook*, Transaction, New Brunswick

ILDEFONSO CERDÁ, *Teoría general de la urbanización y aplicación de sus principios y doctrinas a la reforma y ensanche de Barcelona*, Madrid, Imprenta Española, 1867.

IGLESIAS-REDONDO, J, *Derecho Romano*, Barcelona, Ariel, 2004.

JULI ESTEBAN, «Perspectivas para la ordenación territorial». En, ANTONIO FONT (coordinador) *Planteamiento Urbanístico. De la controversia a la renovación*, Barcelona, Diputació de Barcelona, 2003.

ITURRIAGA Y URBISTONDO, F.J., «El urbanista: una profesión de actualidad en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº18, Sección Comentarios de jurisprudencia, Quincena del 30 sep. al 14 Oct. 2006, Ref. 3299/2006, LA LEY, 2006

LOBATO GÓMEZ, J.M, *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Madrid,

Montecorvo, 1989.

LÓPEZ LAGO, O., *Derecho Urbanístico del País Vasco*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2008.

LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal Parte General*, Madrid, Dykinson, 2011.

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

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C, *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte Especial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., *La protección penal del territorio y el urbanismo*, Bosch Editor, 2015.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., *Delitos urbanísticos en la doctrina y en la jurisprudencia española*, Valencia, Pasión por los Libros, 2011, p 19.

MIR PUIG, C, «El delito de cohecho en la reforma del Código Penal», en *Diario La Ley*, Nº 7603, Sección Doctrina, La Ley, 2011.

MIR PUIG, S, *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2016.

MONTERO VALLEJO, M, *Historia del Urbanismo en España I, del Eneolítico a la Baja Edad Media*, Navarcarnero (Madrid), editorial Cátedra, 1996.

MONTÉS PENADÉS, V.L, *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil Contemporáneo*, Madrid, Civitas, 1980.

MORALES PRATS, F; TAMARIT SUMALLA, J.M, en QUINTERO OLIVARES, G (Direc.)

Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal, Pamplona, Aranzadi, 1996, pp 843 y ss.

MORILLAS CUEVA, L, «Los delitos urbanísticos: una valoración entre dogmática y político criminal», en, SUÁREZ LÓPEZ, J.M, (Cord.), *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)*, Madrid, Dykinson, 2013.

MUÑOZ CONDE, F, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.

MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M, *Derecho Penal Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

NAVARRO CARDOSO, F, *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho penal*, Madrid, Colex, 2001.

NIETO GARCÍA, A, *Balada de la Justicia y la Ley*, Madrid, Trotta, 2002.

PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Urbanístico General*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

PELEGRÍN LÓPEZ, A, «La responsabilidad penal de los funcionarios públicos y autoridades en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, y contra el medio ambiente», en *Cuadernos de Derecho Local, Fundación Democracia y Gobierno Local*, 2013.

PRIETO SANCHÍS, L, «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en *Neoconstitucionalismo(s)*, CARBONELL SÁNCHEZ, M (ed.), Trotta, Madrid, 2003.

PORTILLO CONTRERAS, G, «La protección del derecho al medio ambiente y los derechos económicos-sociales en un periodo de crisis del Derecho y del Estado de

Derecho» en QUINTERO OLIVARES, G, y, MORALES PRATS, F (Coords.), *Estudios de Derecho ambiental*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

PUJADES ROMÀ y FONT JAUME, *Ordenación y Planificación Territorial*, Madrid, editorial Síntesis, 1998.

QUEROL PIERA, J, *Bienvenidos al Urbanismo. Imágenes y palabras*, 1ª edición, Barcelona, editorial Viena, 2004.

QUINTERO OLIVARES, G, (Dir.), *Derecho Penal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

QUINTERO OLIVARES, G, *La Justicia Penal en España*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

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.

ROLAND HEFENDEHL (ed.) *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

ROXIN CLAUS, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, 2013.

ROXIN, CLAUS, «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?», en ROLAND HEFENDEHL (ed.) *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamentos de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

SÁNCHEZ DOMINGO, M.B: *Delitos urbanísticos*, Colección Monografías Penales, Valladolid, Lex Nova, 2008.

SÁNCHEZ ROBERT, M.J., *El delito urbanístico, artículo 319 del Código penal español*, Madrid, Dykinson, 2014.

SANZ MULAS, N, *Corrupción Urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)*, editorial La Ley, 2008.

SOBRINO MARTÍNEZ, A, *Delitos contra la administración pública. Delincuencia Administrativa. Cuando el representante de la administración participa en el delito*, Barcelona, Bosch, 2008.

SOUTO GARÍA, E.M, «Los Delitos Urbanísticos en España: La protección dispensada por el artículo 319 del Código Penal Español a la Ordenación del Territorio» en *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, volumen 32, Universidad Externado de Colombia, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, J. M, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, J. M, *La expansión del Derecho penal, Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Edisofer, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. «Introducción. Necesidad y legitimación de la intervención penal de la tutela de la ordenación del territorio» en DE LA MATA BARRANCO (editor), *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Oñati, ed. Instituto Vasco de la Administración pública, 1998.

SÁNCHEZ ROBERT, M.J, *El delito urbanístico, artículo 319 del Código Penal español*, Madrid, Dykinson, 2014.

TIEDEMANN KLAUS, «Constitución y Derecho penal», (traducción ARROYO ZAPATERO, L), en, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 33, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B, «Fundamento, función social y limitaciones de la propiedad privada», en *Estudios sobre Derecho de Cosas*, Madrid, Montecorvo, 1973.

VERCHER NOGUERA, A, *La delincuencia urbanística. Aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio*, Madrid, Colex Editor, 2002.

VERCHER NOGUERA, A, «Reflexiones sobre corrupción y urbanismo», en *Fraude y Corrupción en la Administración pública*, editorial Universidad de Salamanca, 2002.

VILLACAMPA ESTIARTE, C, «Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 y 320)». En QUINTERO OLIVARES, G, (director) *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Navarra, Aranzadi, 2010.

VON LISZT, F, *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*, traducido por JIMÉNEZ DE ASÚA, Madrid, Reus, 1916.