

Doctrina



Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio

Nuria Matellanes Rodríguez

Doctora. Universidad de Salamanca

El objetivo de estas líneas es poner de relieve que la regulación de las actuaciones urbanísticas con relevancia penal ofrecida por el Código de 1995 manifiesta una proximidad con la articulación administrativa de dicha materia que supera los límites de rigen las relaciones entre ambas disciplinas sancionadoras, con el consiguiente detrimento para el respeto de las garantías penales. El marco punitivo que se ofrece viene a colmar una petición doctrinal pero, tal vez por premura, tal vez por la inherente instrumentalización administrativa de la materia, dista mucho de constituir un reducto acotado a aquellas actuaciones más graves que lesionen de manera efectiva el interés jurídico denominado "ordenación territorial". Por lo tanto, el interés que se persigue con las páginas que siguen no es hacer un estudio minucioso y acabado de los elementos de este delito, ni mucho menos un pronunciamiento sobre la solución a todos los problemas técnicos que se pueden presentar, sino solamente poner de manifiesto de manera descriptiva, cómo la estructuración de los tipos presenta a la delincuencia urbanística como

una forma de reforzar, y además con grandes defectos, la ordenación administrativa preexistente, sin que se pueda descubrir en ellos un espacio que se adapte a los postulados rectores de la intervención y creación jurídico-penal¹.

I. El carácter fronterizo entre el urbanismo y el medio ambiente

Es frecuente encontrar en los estudios acerca de la tutela penal del medio ambiente referencias, más o menos amplias, al urbanismo². Tal vez, la irrupción en el Código Penal de tipos penales tendentes a su tutela bajo un Título aglutinador de la protección penal del medio ambiente, el patrimonio histórico-artístico, fauna y flora y urbanismo, hayan favorecido este tratamiento común entre la doctrina³. También, así lo reconocía la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1992 al establecer que "urbanismo y recursos naturales son problemas indisolublemente ligados al medio ambiente en un concepto superior de equilibrio en

1. Como advertencia, conviene destacar que, en ocasiones, se emplearán referencias a la legislación urbanística administrativa que a raíz de la STC 61/1997, de 20 de marzo, por la que se deroga la Ley del Suelo de 1992 se dotó de una mayor relevancia a la normativa autonómica; de ahí que sea la norma de la Comunidad Autónoma en la que se ha escrito este texto —Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León— la que se emplee como apoyo de algunas afirmaciones, sin perjuicio de reconocer la existencia de matices diferentes en otras normas.

2. Por ejemplo, DE VEGA RUIZ, J.A.: *Delitos contra el Medio Ambiente, la Ordenación del Territorio, el Patrimonio Histórico, la Flora y Fauna en el Código Penal de 1995*, Colex, Madrid, 1996, o *Derecho Penal del Medio Ambiente*, TERRADILLOS BASOCO (Coord.), Trotta, Madrid, 1997.

3. Como muestra significativa cabe mencionar la postura de ALVAREZ GARCÍA para quien el artículo 45.1 de la Constitución "se refiere no exclusivamente a la naturaleza, sino al medio en el cual se desarrolla la persona, en el que, por supuesto, tiene lugar importantísimo, la ciudad", (ALVAREZ GARCÍA, J.: "Injusto penal e injusto administrativo en la protección del medio ambiente", en *Derecho y Medio Ambiente*, CEOTMA/MOPU, Madrid, 1981, p. 271). TIEDEMANN recuerda que "para las civilizaciones de origen griego y latino, que viven su vida en la urbe en lugar de perderse en romanticismos de la naturaleza, esta concepción lleva hasta incluir el urbanismo y la conservación de los monumentos en la idea de protección del ambiente", (TIEDEMANN, K.: "El Derecho Penal alemán del ambiente: cuestiones dogmáticas novedosas", en *Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario, Español y Alemán)*, P.P.U., Barcelona, 1993, p. 173; "Teoría y reforma del Derecho Penal del ambiente", en *Protección Internacional del Medio Ambiente y Derecho Ecológico*, DE LA CUESTA ARZAMENDI y FERNÁNDEZ CASADEVANTE (DIRECTORES), Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1987, p. 140).

Con carácter general, vid. LÓPEZ DE SEBASTIÁN, J.: *Destrucción de los Recursos Naturales y Ordenación del Territorio*, Mundi-Prensa, Madrid, 1977; VARGOTTINI, G. de: "El reparto de poderes en materia medioambiental entre la Comunidad Europea, el Estado y las Regiones. El caso italiano", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 27, 1990, pp. 27 y ss.

la relación entre la naturaleza y el hombre". Incluso, en el camino de elaboración del artículo 45 de la Constitución se proponía una consideración conjunta del medio natural y el medio urbano cuando se sugería la siguiente redacción del mismo:

"Los poderes públicos velarán por la utilización racional de los recursos y espacios naturales, de los montes y por la conservación del paisaje y de los entornos urbanos, por la defensa y el control responsable de la fauna, garantizando el mantenimiento y potenciación de los recursos naturales renovables y la mejora del medio ambiente, impidiendo cualquier acción que pueda degradarlo".

Las razones de esta ligazón son muchas y variadas y a título de muestra puede indicarse que tanto

la fijación de los usos del suelo o el señalamiento y localización de infraestructuras entrañan una evidente actuación directa sobre la naturaleza⁴; que el urbanismo y la ordenación del territorio también contribuyen a lograr una mayor calidad de vida⁵ y, sobre todo, que "el territorio puede ser sede y marco de referencia de los fenómenos ambientales"⁶.

Pues bien, aun cuando desde el punto de vista de la ecología jurídica sea perfectamente comprensible que el territorio, junto con el agua, el aire, la fauna y la flora integran el sistema ambiental⁷—por lo que un planteamiento razonable de la política de conservación y mejora del medio en el que la vida se desarrolla requiere una contemplación conjunta y armónica de la problemática estrictamente ambiental y de la ordenación del territorio⁸— es lo cierto que el mundo del Derecho, y más aún del Derecho Penal, requiere conceptos

En cuanto a los estudios estrictamente penales, por todos, VERCHER NOGUERA, A.: "Delitos contra la ordenación del territorio", *El Nuevo Código Penal y su Aplicación a Empresas y Profesionales. Manual Teórico-Práctico (IV)*, Recoletos Cía. Editorial, Madrid, 1996, p. 533; llegando incluso al extremo de encontrar una justificación ecológica en la protección de la ordenación del territorio; ACALE SÁNCHEZ, M^a.: "Delitos sobre la ordenación del territorio", en *Derecho Penal del Medio Ambiente*, TERRADILLOS BASOCO (Coord.), Trotta, Madrid, 1997, pp. 23-25; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: "Los delitos sobre ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística", *Actualidad Penal*, 1997-1, p. 385; "La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el artículo 320 del Código Penal", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n^o 270, 21 de noviembre de 1996, p. 2.

4. Cf. CORELLA MONEDERO, J.M.: "Competencias de las Diputaciones Provinciales en la defensa del medio ambiente", en *Protección del Medio Ambiente*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1977, p. 28.

5. Cf. BARRIENTOS PACHO, J.M^a.: "Delitos relativos a la ordenación del territorio", *La Ley*, 1996-6, p. 1555.

Abundando en esta idea, DELA CUESTA ARZAMENDI mantiene la posibilidad de crear un Título específico para los delitos contra la calidad de vida, bajo el que se agruparían los delitos contra el medio ambiente, la ordenación del territorio y los derechos e intereses de los consumidores; cf. CUESTA ARZAMENDI, J.L. de la: "Ecología y Derecho Penal", en *La Droga en la Sociedad Actual. Nuevos Horizontes en Criminología*, BERISTAIN Y DE LA CUESTA ARZAMENDI (Comp.), Instituto Vasco de Criminología, Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1985, p. 283.

6. BASSOLS COMA, M.: "El medio ambiente y la ordenación del territorio", *Documentación Administrativa*, n^o 190, 1981, pp. 408-409; en el mismo sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "La nueva protección penal del ambiente", *op. cit.*, p. 214: "El espacio o territorio es un recurso natural o, mejor, el lugar donde se produce la confluencia y ubicación de todos los recursos naturales"; similares son las palabras de ORTEGA MONTORO, R.: "Los delitos contra la ordenación del territorio en el Código Penal de 1995", *La Ley*, 1997-6, p. 1538: "El territorio se liga con el medio ambiente, ya que el suelo es un aspecto más junto al elemento acuático y aéreo del sistema medioambiental, y su degradación incide en la calidad de vida".

No comparte totalmente esta opción CARMONA SALGADO, C.: "Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna. Disposiciones comunes", en *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial, II*, COBO DEL ROSAL (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 52, donde utiliza como ejemplo para mostrar que no hay una conexión indisoluble entre los dos intereses la construcción en zonas destinadas a viales o bienes de dominio público, lo cual puede ser una grave infracción urbanística, mas su realización no vulnera el medio ambiente natural.

Como posturas residuales y extremas cabe citar a MARTÍN MATEO, R.: "El ambiente como objeto de Derecho", en *Derecho y Medio Ambiente*, CEOTMA/MOPU, Madrid, 1981, p. 24; *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Trivium, Madrid, 1991, p. 86, que excluyó al suelo de los elementos integrantes del medio ambiente y, frente a él, a PÉREZ MORENO, que considera inescindible el tratamiento del medio ambiente y del urbanismo, de ahí que propugne una "planificación de la protección ambiental coordinada con la planificación económica y el urbanismo" (PÉREZ MORENO, A.: "Ley general y/o Leyes sectoriales para la protección del medio ambiente", *Documentación Administrativa*, n^o 190, 1981, p. 453).

7. Cf. GIANINNI, M.S.: "Ambiente saggio sui diversi suoi aspetti giuridici", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n^o 2, 1975, p. 23, donde otorga tres sentidos diferentes y posibles al medio ambiente: el manejado por las normas de protección del paisaje y el patrimonio histórico-artístico, el que emplean las normas que afectan a la defensa del suelo, aire y agua y, por último, el utilizado por la normativa urbanística.

8. Claramente, CONDE PUMPIDO TOURÓN, C.: "Introducción al delito ecológico", en *El Delito Ecológico*, TERRADILLOS BASOCO (COORD.), Trotta, Madrid, 1992, pp. 17-18, en las que se lee: "El planeamiento global de una política de conservación y mejora del medio en el que se desarrolla la vida humana tiene escaso sentido, contemplando separadamente la problemática estrictamente ambiental y la ordenación del territorio".

Revista Penal

Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio

precisos⁹. Por eso, pese a que pueda calificarse al urbanismo de "región fronteriza a la ambiental"¹⁰, como hace DE LA CUESTA ARZAMENDI, asentimos con este autor cuando de manera firme sostiene que "desde un prisma jurídico, el derecho de la ordenación del territorio y el derecho ambiental constituyen disciplinas separadas, autónomas, con muchos puntos de contacto (...), pero con un diverso enfoque y estrategia, lo que justifica su no confusión"¹¹. Es decir, que la propia intercomunicación de los procesos ambientales, emanada del carácter sistémico que se predica del entorno, hace imposible el establecimiento de compartimentos estancos –es imposible pensar en el suelo como objeto de abusos y especulaciones urbanísticas, sin caer al mismo tiempo en la cuenta de los desequilibrios al entorno natural que esas actuaciones conllevan–, pero desde una óptica únicamente jurídica, y más aún, jurídico-penal, donde la determinación y la precisión reinan como garantías frente a la inmisión en la esfera de libertad personal que la caracteriza¹² es posible atender y entender separada, que no descoordinadamente, su problemática¹³.

Separación, en fin, desde el punto de vista estrictamente jurídico entre medio ambiente natu-

ral y ordenación del territorio, aunque no podamos dejar de reconocer que en un contexto genérico de delineamiento de políticas tendentes a la mejora de la calidad de vida "el urbanismo integra con el medio ambiente una unidad estructural"¹⁴. Como remate y sustento último de esta opción, conviene subrayar que desde una interpretación sistemática de la Constitución, con su plasmación separada de ambas disciplinas tanto en sede de presentación de principios rectores (artículos 45 y 47), como de distribución de competencias estatales y autonómicas (artículos 148.1.9º y 149.1.23º), nos da la pauta para sostener una configuración del medio ambiente como objeto de protección jurídica, independiente del urbanismo y la ordenación del territorio¹⁵, por más que no se pueda dudar de la proximidad de ambos conceptos¹⁶. Tal parece ser el talante que, como indicamos, ha impulsado al legislador penal al regular, conjuntamente, bajo un mismo Título, el XVI, pero en diferentes capítulos a "los delitos sobre la ordenación del territorio" (Capítulo I) y "los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente" (Capítulo III) pues, la proximidad en el tratamiento penal de ambos intereses denota una consciencia en la proximidad de los problemas y, al mis-

9. Cf. CONDE PUMPIDO TOURÓN, C.: "La tutela del medio ambiente. Análisis de sus novedades más importantes", *La Ley*, 1996-2, p. 1551.

10. CUESTA ARZAMENDI, J.L. de la: "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente", *Documentación Jurídica*, nº 37/40, vol. II, 1983, p. 881.

11. *Ibidem*, p. 881; esta tesis la reitera en "Consideraciones acerca de los delitos sobre la ordenación del territorio a la luz del derecho comparado", en *Delitos contra el Urbanismo y la Ordenación del Territorio*, De La Mata Barranco (Ed.), Instituto Vasco de Administración Pública-Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea, Oñati, 1998, pp. 210-211; en contra, ACALE SÁNCHEZ, M^a.: *Delitos Urbanísticos*, Cedesc, Barcelona, 1997, pp. 50-51, donde afirma que el urbanismo como tal no constituye un bien jurídico en sí mismo, sino que sigue siéndolo el medio ambiente, de manera que los tipos se singularizan por protegerlo frente a agresiones urbanísticas, por lo que lo "urbanístico" atiende al medio comisivo, no al objeto de protección; entre otras razones, apoya esta opinión el dato de que en el art. 319.1 se encuentran reunidos, como lugares en los que se realiza el delito el urbanismo, el patrimonio histórico y el medio ambiente.

12. Cf. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., GARCÍA RIVAS, N., FERRÉ OLIVÉ, J.C. y SERRANO-PIEDRACASAS, J.R.: "Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Praxis, Barcelona, 1996, p. 40.

13. Esa diversidad de enfoques, al tiempo que esa conexión, es claramente expuesta por el Tribunal Constitucional que, en la S.T.C. 28/1997, de 13 de febrero, reitera una doctrina que se expone en los siguientes términos: "El título de ordenación del territorio tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico territorial. El núcleo fundamental de esta materia competencial está constituido por un conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio mismo. (Sin embargo, en la materia de medio ambiente), cabe incluir, entre otras, a las normas que persiguen la protección de la naturaleza y los valores naturales y paisajísticos de un espacio concreto. La correlación existente entre ambas materias, y por tanto, entre sus títulos competenciales (ha de entenderse) en el sentido de que han de coordinarse y armonizarse desde el punto de vista de su proyección territorial, condicionada entre ellos de modo que la ordenación del territorio pondere los efectos sobre el medio ambiente sin atraer hacia sí las normas relativas a la protección de la naturaleza"; se puede reconocer el germen de esta doctrina en otras sentencias como la STC 36/1994, de 10 de enero.

14. TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho Penal de la Empresa*, Trotta, Madrid, 1995, p. 210.

15. Cf. ORTEGA MONTORO, R.: "Los delitos contra la ordenación del territorio en el Código Penal de 1995", *op. cit.*, p. 1539.

16. Cf. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: "El medio ambiente como bien jurídico protegido", en *El Delito Ecológico*, TERRADILLOS BASOCO (COORD.), Trotta, Madrid, 1992, p. 47.

mo tiempo, en las peculiaridades jurídicas que identifican a cada uno de ellos¹⁷. Como muestra de este hecho cabe señalar las palabras de MUÑOZ CONDE para quien, a pesar de la íntima conexión de la ordenación del territorio con la materia medioambiental, el concreto y específico bien jurídico protegido en las distintas modalidades del delito urbanístico es "el interés que ya de por sí representa el cumplimiento de la ordenación legal o reglamentariamente establecida, esto es, la ordenación del territorio (...). Junto a él (...), aparecen otros intereses indisolublemente unidos al mismo, cuando el tipo se refiere a determinados tipos de construcciones: la conservación del valor paisajístico, ecológico, artístico o cultural de determinados lugares"¹⁸.

II. La proximidad entre Derecho Penal y Derecho Administrativo en la protección penal del urbanismo

Las dificultades a la hora de identificar un espacio propio de tutela penal para la ordenación del territorio continúan en el momento de ir precisando los contornos de las figuras típicas que aspiran a dicha protección. Esta vez, *es la contigüidad, cuando no superposición entre la regulación penal y la administrativa la que complica la localización de un ámbito particular y con caracteres definidos para cada una de ellas*. Algún autor ha apelado a la caótica realidad de la situación urbanística española¹⁹ y a la conveniencia práctica de superarla para dar una explicación que sustente la presencia del Derecho Penal en esta materia y en los términos en que ésta se realiza: "las infracciones urbanísticas no se persiguen habitual-

mente por los responsables administrativos; estamos ante un derecho en desuso o, lo que es mucho peor, ante un régimen jurídico que grava y pesa sobre unos administrados mientras que, sin ningún criterio objetivo, y por encima de cualquier mínima razonabilidad, deja de ser operativo frente a otros (...). Podemos pasar de un pueblo en el que se cumple a rajatabla la legislación sancionadora urbanística, al municipio contiguo, donde no se tiene en cuenta nada de ello. Este hecho (...) nos lleva a pensar que en este sector del ordenamiento se debería postular al menos una "desadministrativización" de la actividad punitiva de la Administración para pasarla a manos del juez penal (...)²⁰". Según nuestra opinión, una explicación de este talante, con todo lo realista que pueda ser, adolece de un defecto de base: se limita a justificar la situación existente, hasta tal punto que hace descansar la legitimación de la intervención punitiva prescindiendo de los principios-garantías que la han de sostener, cuando en realidad la presencia del Derecho Penal en un determinado sector sólo puede fundamentarse desde "una de las guías (...) que orientan los senderos de un Derecho Penal racional y moderno, al mismo tiempo que sirve de mecanismo de control y limitación del poder penal del Estado, y que se concreta en la exigencia de que el Derecho Penal sólo ha de intervenir en los supuestos de *ataques muy graves* a bienes jurídicos de especial trascendencia social"²¹, esto es, el principio de intervención mínima. Deducir la necesidad del Derecho Penal de los vicios de la *praxis* hace de él una pieza más de entre las que impiden que una situación indeseable sea modificada o, cuando menos, hace que parezca inamovible o incuestionable; y, lo que es más grave, no se aviene con los postulados de un Dere-

17. Vid., al respecto, la opinión de PRATS CANUT para quien, realmente, ésta ha sido la mejor manera de estructurar el Código Penal en este punto ya que así se "trata de forma equilibrada la referencia unitaria al objeto de protección, con las especificidades propias de los distintos elementos integrantes, lo cual, sin duda, permitirá que el bien jurídico despliegue sus funciones, tanto clasificatorias como sistemáticas" (PRATS CANUT, J.M.: "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares (Dir.), Valle Muñiz (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 866; "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Quintero Olivares (Dir.), Valle Muñiz (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1511).

18. MUÑOZ CONDE, F.: "Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", en *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1996, p. 486.

19. Por ejemplo, CARMONA SALGADO, C.: "Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico-artístico", en *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial, II*, Cobo del Rosal (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 15-16 o GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "El Derecho urbanístico español a la vista del siglo XXI", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 99, 1998, pp. 395 y ss.

20. ARROYO YANES, L.M.: "Una aproximación al principio *non bis in idem* en el Texto Refundido de la Ley del Suelo", en *Sanción Penal y Sanción Administrativa en Materia de Ordenación del Territorio*, Seminario celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz, Junta de Andalucía, Sevilla, 1998, p. 38.

21. MORILLAS CUEVA, L.: "La contaminación del medio ambiente como delito", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 17-20, 1989-1992, pp. 148-149.

Revista Penal

Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio

cho Penal limitado y garantista, que avance hacia espacios en los que realmente su presencia sea necesaria a los fines de prevención para los que está previsto.

Pues bien, esta estrecha relación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo ocasiona no pocos problemas a la hora de delimitar el alcance de los tipos penales construidos con pretensiones de tutela punitiva de la ordenación del territorio, con su correspondiente secuela de ineficacia²² y simbolismo. A continuación trataremos esta situación desde diferentes aspectos del análisis penal.

1. En la designación del bien jurídico: accesoriadad absoluta respecto al Derecho Administrativo

Un punto que llama la atención en la primera presentación ofrecida por el Código Penal acerca del bien jurídico tutelado en sus artículos 319 y 320 es que no se habla de delitos "contra" la ordenación del territorio, sino "sobre"²³, cuando lo normal es que los epígrafes rotulen con la primera de las proposiciones puesto que denota una mayor potencialidad lesiva de las conductas acogidas por ellos. Decir que se van a tratar delitos "sobre" la ordenación del territorio es un primer indicio, sin duda ilustrativo, de la timidez de la protección que brindan los tipos penales. Parece indicarse que el legislador penal no se enfrenta de una manera decidida y directa a la tutela de la ordenación territorial, sino que ésta aparece como una especie de "excusa". Veamos más específicamente esta idea.

La propia naturaleza de la ordenación del territorio nos sitúa ante una materia que alude a la intervención jurídica encaminada a su utilización racional, esto es, a delimitar los diferentes tipos de suelos en aras a fijar los usos que se pueden dar a cada uno de ellos y bajo qué condiciones²⁴. No podemos dejar de destacar que el carácter de Princi-

pio Rector de la Política Social y Económica que se le otorga al urbanismo nos muestra, por necesidad, una materia fuertemente intervenida por actuaciones político-administrativas y, en consecuencia, de un alto nivel de normativización. Actuaciones normativas que, obviamente, en el seno de un Estado Social de Derecho, sólo pueden entenderse como *instrumentos de política al servicio de intereses de los ciudadanos tales como el disfrute de un espacio urbano no deteriorado, de espacios comunitarios, de una vivienda digna y adecuada, el freno de la especulación o el control de unos niveles demográficos excesivos*. Como dice la Exposición de Motivos de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, "el principal propósito del urbanismo ha de ser que el uso del suelo se realice conforme al interés general, con el objetivo de mejorar la calidad de vida y la cohesión social de la población, en especial mediante el acceso a una vivienda digna y a las dotaciones urbanísticas adecuadas". Justamente porque el territorio es una materia que se encuentra fuertemente sujeta a una regulación administrativa que establece las clases de suelo, sus usos, sus limitaciones, las condiciones para su uso, etc., la estructuración de los tipos penales corre el riesgo de limitarse a ser un mero refuerzo de dicha legislación, con el consiguiente peligro de convertir al Derecho Penal en simple mecanismo formal, relegado a servir a una función administrativa y desprovisto de su más genuina misión de descripción de conductas materialmente antijurídicas.

Una ojeada sobre el pronunciamiento de la doctrina sobre esta materia corrobora esta situación pues, de una manera o de otra, los autores han ido destacando cómo lo que se protege en los tipos penales no es otra cosa que "la normativa reguladora de la ordenación del territorio"²⁵, el "interés en que se cumplan las leyes y reglamentos sobre la ordenación del territorio"²⁶; "las limitaciones legales o administrativas que afecten al uso del suelo"²⁷, "la protección de las propiedades del suelo

22. CUESTA ARZAMENDI, J.L. DE LA: "Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995", *Actualidad Penal*, nº XVI, 1998, p. 310, insiste en que la eficacia está en el respeto y la decidida voluntad de aplicación de la legislación sectorial preexistente.

23. Apunta este dato, entre otros, RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "Política criminal y reforma penal. El Anteproyecto de Código Penal de 1992. De los delitos relativos a la ordenación del territorio, al medio ambiente, a la caza y a la pesca", en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la Memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, p. 920.

24. Cf. CUESTA ARZAMENDI, J.L. DE LA: "Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995", *op. cit.*, p. 311.

25. BOIX REG, J. y JUANATEY DORADO, C.: "De los delitos contra la ordenación del territorio", en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, VIVES ANTÓN (COORD.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 1574.

26. MUÑOZ CONDE, F.: "Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", *op. cit.*, pp. 486-487.

27. GARCÍA PLANAS, G.: *El Delito Urbanístico (Delitos relativos a la Ordenación del Territorio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 61.

que se fijan normativamente²⁸ o “el cumplimiento de la ordenación territorial legal o reglamentariamente establecida”²⁹. En todas ellas, la idea focal es que las conductas proscritas por el Derecho Penal de la ordenación del territorio sirven de *apuntalamiento de las normas administrativas* que regulan las clases de suelo, el uso que se puede hacer de él y sancionan las actuaciones contrarias a los mismos –habrá que suponer que castigando de un modo más severo que lo que se hace administrativamente, elemental exigencia del principio de *ultima ratio* que guía las relaciones entre instrumentos jurídicos sancionadores³⁰–.

Todo lo anterior se confirma al comprobar la estructura de los tipos penales, en particular en lo que atiende a la determinación del núcleo de la prohibición de la conducta típica y, más concretamente, al establecerse el desvalor de resultado; es decir, en el momento en el que se trata de fijar el grado de lesividad sobre el bien jurídico de dicha conducta³¹. Y así tenemos, por una parte, en lo que se refiere al tipo penal del párrafo 1 del artículo 319, que sanciona “el llevar a cabo una construcción no autorizada” en suelos especialmente protegidos y, en el párrafo 2, “llevar a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable”. De ello resulta que el legislador penal no expresa en absoluto de modo taxativo el núcleo de la conducta prohibida, pues *tales conductas no proporcionan dato material alguno sobre la entidad del riesgo penalmente desaprobado* y, precisamente, la sumisión a los límites/garantías del Derecho Penal reclama que el núcleo del tipo se determine desde la perspectiva clásica de la doctrina de la imputación típica de un resultado lesivo a una conducta, de modo que habría de venir constituido por la descripción de una conducta cuando menos portadora de un riesgo para el bien jurídico. Al respeto a la normativa extrapenal –en

este caso la que establece las clases de suelo y las posibilidades y límites de actuación sobre los mismos– le correspondería tan sólo, dentro de un tipo penal, la misión de especificar modos, medios o formas de la relación entre conducta y bien jurídico. Resulta simplista en extremo estimar que se ve completado el contenido mínimo de antijuricidad material cuando se produce una violación de la normativa reguladora de la ordenación del territorio³², puesto que dicha normativa no es más que una *materialización de la actividad estatal encaminada a dar contenido al Principio Rector de la Política Social y Económica que contiene el artículo 47* que obliga a los poderes públicos a adoptar medidas y establecer normas que hagan efectivo el derecho a disfrutar de una vivienda y de un entorno adecuado a las necesidades humanas mediante la “regulación de la utilización del suelo”. Es decir, que las normas administrativas sobre usos del suelo responden a una concreción de la función pública urbanística encomendada constitucionalmente a la Administración, de modo que entender que la sola vulneración de esos preceptos implica una lesividad material de los intereses humanos a que aspira la ordenación del territorio, aboca hacia la defensa de un Derecho Penal meramente tuitivo de funciones administrativas.

Según esto, la imagen que ofrecen los delitos contra la ordenación del territorio es, más bien, la de un ilícito de mera desobediencia, sancionatorio, orientado a la protección secundaria de un modelo de protección y control administrativos preexistentes, que la de un injusto criminal. Así que, de manera más evidente que lo que sucede con tutela del medio ambiente en el artículo 325, donde la proximidad con el Derecho Administrativo se manifiesta a través de la técnica de la ley penal en blanco en su modalidad de remisión parcial, pero sigue reclamándose un resultado

28. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a: “Necesidad y legitimación de la intervención penal en la tutela de la ordenación del territorio”, en *Delitos contra el Urbanismo y la Ordenación del Territorio*, De La Mata Barranco (Ed.), Instituto Vasco de Administración Pública-Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea, Oñati, 1998, p. 20.

29. CARMONA SALGADO, C.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico-artístico”, *op. cit.*, p. 18.

30. Siguiendo esta misma línea de ideas, se puede mencionar a muchos autores, como BARRIENTOS PACHO, J.M^a: “Delitos relativos a la ordenación del territorio”, *La Ley*, nº 4172, 1996, p. 3; BOIX REIG, J. y JAREÑO LEAL, M^a. A.: “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, VIVES ANTÓN (COORD.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 1574.

31. Más abajo veremos cómo lo que existe es una descoordinación entre respuestas sancionadoras en epígrafe III– LA DIFERENTE VALORACIÓN DE LOS ILÍCITOS.

32. “A la simple contradicción entre una acción y el Ordenamiento jurídico se le llama antijuricidad formal. La antijuricidad no se agota en esta relación de oposición entre acción y norma, sino que también tiene un contenido material (...). Se habla en este caso de antijuricidad material” {MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 319.

33. Así las opiniones de VERCHER NOGUERA, GARCÍA ARÁN/LÓPEZ GARRIDO, BOIX REIG/JUANATEY DORADO y BARRIENTOS PACHO, citadas por ACAJE SÁNCHEZ, M^a: *Delitos Urbanísticos*, *op. cit.*, p. 247.

material de peligro para el equilibrio del ecosistema, ahora lo que sucede es que la remisión al Derecho Administrativo se realiza de manera absoluta, porque no se infiere del tipo un resultado material diferente del de la sola vulneración de la normativa sobre usos del suelo³³. Más exactamente, de una parte de la normativa sobre algunos de los usos del suelo, en concreto la que exige obtener autorizaciones en los suelos preservados de la edificación o construcción. Y aún más, en el caso de la conducta prevista en el artículo 319.1 el grado de formalidad llega a su máxima expresión al requerirse como pieza básica para la incriminación el que la construcción no esté autorizada, con independencia de si con posterioridad es posible o no obtener esa autorización y someterse a las reglas de control urbanístico.

2. En la delimitación de las conductas típicas del artículo 319

A) Sujetos activos

La delimitación del catálogo de sujetos activos del delito a "los promotores, constructores o técnicos directores" es una muestra más de la profunda relación entre ilícito penal y administrativo. Al margen de las posibles dudas que pudiera despertar la interpretación de estos términos³⁴, lo que denota el artículo 319 es un traslado de la selección de los posibles responsables urbanísticos recogida administrativamente. La Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, en su artículo 116, también delimita la responsabilidad al "propietario de los terrenos, el promotor y, en su caso, el constructor, los técnicos que dirijan las

obras y las empresas suministradoras de servicios". Como se puede apreciar, el mimetismo no es total, puesto que se incorporan dos figuras que penalmente no pueden tener la condición de autores, quedando relegados a la de partícipes, cuales son el propietario de los terrenos y las empresas suministradoras. De cualquier manera, el hecho de estos dos últimos sujetos no puedan ser autores en sentido estricto de los tipos del artículo 319, no impide que puedan tener una responsabilidad en el hecho delictivo por la vía de la participación de manera que, al igual que se establece en la norma administrativa comentada, se puede predicar su responsabilidad en el ilícito.

Aparte de esta precisión, donde más dificultades se encuentran es a propósito de la restricción de estos sujetos a los que practiquen su actividad de manera "profesional"³⁵. El motivo que se argumenta por parte de los autores³⁶ es la necesidad de circunscribir el Derecho Penal a los casos realmente graves para el bien jurídico, de manera que se pueda desarrollar adecuadamente su papel de *ultima ratio*, dicho en otros términos: para mantener un contenido de injusto material en las conductas descritas. La estimación personal que merece esta restricción es que la utilización de un argumento así sólo sirve para dar una imagen de respeto hacia los límites del Derecho Penal, imagen que no se corresponde con la realidad cuando previamente se puede apreciar que los comportamientos típicos ni siquiera representan ese desvalor material respecto al bien jurídico y adolecen de un formalismo extremo. ¿Qué le puede aportar ahora al bien jurídico el hecho de que la conducta la realice un profesional o no?, ¿es que es más "lesivo", si es que la conducta en algún momento lo es, el comportamiento realizado por un profesio-

33. Con la agravante de que esta necesidad de un "grave daño", como *plus* añadido a la infracción del requisito formal de la tenencia o no de la licencia, si se previó en los antecedentes del actual 319: en el artículo 307 de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983. Si finalmente esta opción no prosperó y se optó por una tipificación estrictamente formal, se denota una clara conciencia de mantener tal vía.

34. En términos generales se está de acuerdo en que promotor es el sujeto que organiza la construcción, encargándose de presentar ante el órgano correspondiente un proyecto de construcción, previa licencia del mismo; constructor es quien ejecuta los trabajos de construcción, y técnico director es el redactor del proyecto y supervisor responsable de la obra; la duda fundamental se encuentra en si bajo la noción de "técnicos directores" ha de incluirse tanto al arquitecto superior como al aparejador o sólo a este último. Desde nuestra opinión la interpretación literal del precepto, circunscrita a los técnicos aconsejaría la supresión del arquitecto superior, aunque no es menos cierto que el empleo del plural parece abrir la condición de autores a aquellos que asuman de manera efectiva la dirección, dando cabida a ambos; así lo entienden BARRIENTOS PACHO, J.M.: "Delitos relativos a la ordenación del territorio", *op. cit.*, p. 3 o CASTRO BOBILLO, J.C.: "Los delitos contra la ordenación del territorio", *Actualidad Penal*, nº XVIII, 1997, p. 412.

35. Jurisprudencialmente la respuesta es abrumadora; así *vid.* SAP de Cádiz, Sección 4ª, de 28 de mayo de 1999; SAP de Cádiz, Sección 1ª, de 22 de septiembre de 1999; SAP de Cádiz, Sección 4ª, de 20 de octubre de 1999; SAP de Valladolid, Sección 2ª, de 3 de septiembre de 1998; SAP de Valladolid, sección 2ª, de 15 de junio de 1998; SAP de Castellón, Sección 2ª, de 31 de julio de 1999. En contra, al no exigir ser profesional, SAP de Palencia, de 14 de abril de 1998.

36. Cf. CASQUERO SUBIAS, A.: "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 15, 1996, p. 239.

nal que por quien no lo es? Más bien parece que restringir el tipo al profesional no es más que un modo de "parchear" el auténtico problema de la conducta, la carencia que en sí misma tiene de levedad³⁷.

B) Acción típica

Pero donde realmente más se aprecia la superposición con el Derecho Administrativo es cuando se describe la acción³⁸, que está plagada de elementos que tienen un significado concreto en este ámbito. El carácter normativo de los conceptos de "suelo no urbanizable", "viales", "zonas verdes", "bienes de dominio público", "no autorizable", "no autorizada", etc., está fuera de toda duda. No hay más que ir rastreando a través de los correspondientes artículos de la legislación urbanística para ver que todos esos conceptos están dotados de un significado concreto. La primera censura que se desprende de su empleo radica en la superposición entre las conductas que se pueden encajar en el párrafo 1º y en el 2º. Cuando la legislación urbanística —artículo 15 de la Ley de Urbanismo de Castilla y León— describe qué es suelo no urbanizable, lo define como aquel que está "preservado de la edificación, entendiéndose como tales los siguientes: (...). Los terrenos que presenten manifiestos valores naturales, culturales o productivos, entendiéndose incluidos los ecológicos, ambientales, paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, educativos, recreativos...". Además, en el artículo 16 se continúa estableciendo categorías de suelo no urbanizable, entre las que se encuentran los "suelos constituidos por terrenos que es necesario proteger por su interés, calidad u otras características

agrícolas o ganaderas" o el "suelo constituido por terrenos ocupados o a ocupar por infraestructuras y sus zonas de defensa", o el "suelo constituido por terrenos ocupados por inmuebles declarados como Bien de Interés Cultural", así como "el constituido por terrenos calificados como zonas de reserva o de uso limitado de los Espacios Naturales Protegidos, así como por los terrenos definidos en la normativa de aguas como cauces naturales, riberas y márgenes, lecho o fondo de lagunas y embalses, zonas húmedas y sus zonas de protección"³⁹. Lo que denota esta concreción de los supuestos en los que el suelo no es urbanizable es que en gran cantidad de ocasiones, las clases de suelo previstas en el primer párrafo del artículo 319, coinciden con el suelo no urbanizable al que se refiere el segundo, de modo que es posible que unos mismos hechos se encuentren simultáneamente tipificados en los dos apartados del precepto⁴⁰; simultaneidad que se refuerza y agrava si se tiene en cuenta que "construcción" y "edificación" son categorías que se interseccionan, al ser la segunda una modalidad de la primera.

Así que, por una parte, se observa una posible reiteración de conductas que, obviamente, en nada favorece a la seguridad jurídica. Y lo que es aún peor, la reiteración de comportamientos delictivos va acompañada de la existencia de lagunas. Esta vez, es la referencia al carácter autorizable o no de la edificación/construcción la que puede ocasionar este vacío. En efecto, según el párrafo 2º del artículo 319, se castiga llevar a cabo una edificación "no autorizable". Esto significa que quedan fuera del tipo los casos en que se construye sin autorización, siempre que ésta se pueda obtener *a posteriori*; y será típica una construcción realizada con licencia pero que no se debería haber ob-

37. Y el argumento de que entonces carece de sentido la pena de inhabilitación —como es el caso, por ejemplo, de CUESTA ARZAMENDI, J.L. DE LA: "Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995", *op. cit.*, p. 316—, se destruye de manera fácil alegando que se puede inhabilitar a cualquier persona a emprender profesionalmente toda profesión u oficio relacionados con las actividades de urbanización y construcción y no sólo a quienes ya las vienen ejerciendo como profesionales.

38. Y no omisión, porque parece impensable que exista esta modalidad comisiva cuando el tipo habla de "llevar a cabo"; en este sentido, GARCÍA PLANAS, G.: "El artículo 319.1: construcción no autorizada en espacios protegidos", en *Delitos contra el Urbanismo y la Ordenación del Territorio*, De La Mata Barranco (Ed.), Instituto Vasco de Administración Pública-Herri Ardurularitzaren Euskal Erakundea, Oñati, 1998, p. 38; en contra, ROMÁN GARCÍA, F.: "Delitos sobre la ordenación del territorio", en *Derecho Penal administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente)*, Comares, Granada, 1997, p. 126.

39. En la misma línea, la normativa básica del Estado, artículo 9 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y sus Valoraciones, entiende que el suelo no urbanizable está integrado por "los terrenos en que concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1.— Que deban incluirse en esta clase (...) en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales (...), o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público. 2.— Que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales".

40. En ello repara la doctrina, como es el caso de CASTRO BOBILLO, J.C.: "Los delitos contra la ordenación del territorio", *op. cit.*, p. 415, o CUESTA ARZAMENDI, J.L. DE LA: "Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995", *op. cit.*, p. 3

pecialidad o no.

22, aunque lu

tenido, con la correspondiente derivación de responsabilidad, incluso penal, para la autoridad administrativa⁴¹. Y en el caso del párrafo 1º, la supeditación al requisito administrativo de la obtención de una autorización, ya que la tipificación se restringe a los casos en que la construcción es “no autorizada”, hace que sean relevantes los casos de construcciones realizadas sin licencia, pese a que luego ésta se pudiera obtener, y lo que resulta más grave, que queden exentos de responsabilidad los de construcciones realizadas bajo una autorización pese a que ésta sea ilícita, pues, al fin y al cabo, la construcción estará autorizada⁴². Como se puede deducir fácilmente, la formalidad llega a su extremo más duro en este caso⁴³, al tipificarse supuestos de adecuación, aunque sea futura, a la normativa administrativa, y dejarse impunes casos de incumplimiento de las previsiones urbanísticas sobre concesión de licencias. Si, precisamente, lo que se quería hacer era respaldar el cumplimiento de las imposiciones administrativas, el resultado al que se ha llegado ha sido el contrario, se castigan penalmente casos que desde el prisma exclusivamente urbanístico, ni siquiera son relevantes. Y todo ello, recordamos, con el agravante de que el “desvalor” de la conducta se agota en el mero hecho de someterse o no a dichas formalidades, sin exigirse ningún resultado más.

3. En la delimitación de las conductas típicas del artículo 320

Resulta lógico que si los tipos penales comunes dan un papel de protagonista absoluto a la tenencia o no de la licencia pertinente, se extienda la responsabilidad a la instancia generadora de esas licencias. Dicho de otro modo, si el bien jurídico

resulta ser la sumisión a la regulación sobre la obtención de licencia para construir en ciertas clases de suelo –pese a las críticas que ello nos merece–, es normal que el legislador extienda la responsabilidad penal a otros sujetos que también pueden afectar al “bien jurídico” por infringir ese tipo de normativa, los funcionarios competentes para su concesión o denegación pues, en definitiva, ellos son garantes de la indemnidad del interés estimado digno de protección⁴⁴.

Pues bien, el exceso de formalismo continúa a la hora de establecer responsabilidad penal para los funcionarios públicos que intervienen en el proceso de concesión de licencias urbanísticas. En primer lugar porque se tipifica la conducta consistente en informar, con independencia de que con posterioridad se proceda o no a la construcción o edificación y, es más, al margen de que se llegue o no a conceder la licencia⁴⁵. Del mismo modo, se puede consentir en que el mero hecho de la concesión de una licencia ilegal, sin tener en cuenta si se llega a construir algo o no, no representa más lesión que la de la normativa sobre concesión de licencias con arreglo a los usos del suelo, pero éstos no se llegan a afectar; es decir, es una conducta que insiste en el solo reforzamiento sancionador ante el apartamiento de lo dispuesto administrativamente y, todo lo más, puede ser vista como un supuesto de vulneración de la ilegalidad administrativa, que hace que el encaje más correcto de este tipo sea en el de los “Delitos contra la Administración de Justicia”.

Por otra parte, tampoco parece posible que la manera de salvar ese formalismo y localizar un foco de antijuricidad material, sea por la vía de la participación en alguno de los delitos del 319⁴⁶. Primero, porque si mantenemos que el funcionario es partícipe en el tipo del 319.1 ó 2, lo que decimos es que participa en conductas de mera de-

41. De “aberrante desde el prisma de la lógica”, califican a este párrafo MORALES PRATS, F. y TAMARIT SUMALLA, J.M.: “De los delitos sobre la ordenación del territorio”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares (Dir.), Valle Muñiz (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 850.

42. Cfr. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: “Los delitos sobre ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística”, *op. cit.*, p. 360.

43. GARCÍA PLANAS, G.: subrayar que en el primer apartado entra en el campo penal el incumplimiento de una obligación formal, cual es solicitar u obtener licencia.

44. Cf. CARMONA SALGADO, C.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico”, *op. cit.*, p. 30.

45. Cf. VICENTE MARTÍNEZ, R. DE: “La responsabilidad penal del funcionario público o autoridad en materia de ordenación del territorio”, en *Sanción Penal y Sanción Administrativa en Materia de Ordenación del Territorio*, Seminario celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz, Junta de Andalucía, Sevilla, 1998, p. 145; por eso, MATA BARRANCO, N.J. DE LA: “Responsabilidad penal del funcionario público por la emisión de informes favorables a construcciones o edificaciones ilegales”, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, nº 11, p. 58 y ss., aboga por interpretar de manera restrictiva el precepto y exigir que la construcción se haya comenzado a realizar.

46. De manera paralela a lo que hicimos en el contexto medioambiental con el artículo 329; sobre ello, MATELANES RODRÍGUEZ, N.: *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos. Análisis del Tipo Objetivo del Artículo 329 del Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2000.

sobediencia a las normas administrativas sobre obtención de licencia, de manera que insistimos en el dato de que el desvalor del comportamiento consiste en colaborar o favorecer un apartamiento de la legalidad urbanística. Y segundo, y más importante, no creemos que el artículo 320 se pueda estructurar en todo caso como una forma de participación, ya que no se hace una remisión a la comisión de los delitos anteriores —a diferencia del artículo 329 que exige que se haya concedido la licencia para que funcionen las industrias o actividades contaminantes “a que se refieren los artículos anteriores”—, sino que sólo se habla de conceder “licencias contrarias a las normas urbanísticas”, a cualquier norma urbanística, así que no se reduce a las que limitan las posibles edificaciones en suelo no urbanizable. Es, pues, un delito más amplio que el 329, pues en él se puede comprender, por ejemplo, la concesión de licencias para la demolición de inmuebles catalogados o de los que son de dominio público, o para realizar parcelaciones en suelo no urbanizable. El único caso en el que sí sería posible organizar una figura de participación en el delito básico sería cuando el funcionario concede la licencia ilegal y ésta va seguida de la edificación correspondiente en suelo no urbanizable del 319.2. Pero, por definición, no cabe la participación del funcionario mediante la concesión de licencias respecto al apartado primero del 319, ya que éste sanciona la actuación “no autorizada”, es decir, la carente de licencia, bien porque no se solicitó, porque no se concedió, o aunque se concedió hay un exceso respecto a sus previsiones, y el 320 plantea como hipótesis el que la licencia, aunque ilegal, existe o existirá.

III. La diferente valoración de los ilícitos

Ahondando en la conclusión que destacábamos acerca de las consecuencias penales de los requisitos de “no autorizable” o “no autorizada”, el despropósito sancionador se extiende al campo de las comparaciones entre ilícito penal e ilícito administrativo. Las censuras posibles comienzan por destacar el dato de que sea delictiva la conducta de construir sin autorización en algunas de las tipologías de suelo mencionadas en el artículo

319.1 cuando, administrativamente, ciertas construcciones sí son posibles en ellos y la sanción que procede por sustraerse de la formalidad de la cobertura de licencia sólo merece el reproche de ilícito leve⁴⁷. Es más, es posible que se permitan administrativamente ciertas construcciones en los suelos a los que se refiere el artículo 319.1 y que ese ilícito leve por no dotarse de la cobertura de la licencia se atenúe si posteriormente se legaliza la situación y aquella se obtiene⁴⁸. Esta misma tónica de desproporción se mantiene respecto a la responsabilidad para el funcionario concedente de la licencia ilícita, cuya tenencia puede generar responsabilidad para el particular según el artículo 319.2. En este caso sí se deriva una responsabilidad administrativa grave⁴⁹, pero no hay ningún tipo de consecuencia en el supuesto de que no concedan una licencia que sí deberían haber concedido, mientras que para el particular esa conducta genera la reacción punitiva del 319.1. Como se deduce fácilmente, la constante dependencia entre sanción y licencia conduce a un tratamiento demasiado desigual para conductas sustancialmente similares desde el punto de vista de la sumisión a la legalidad urbanística a la que se han de sujetar los funcionarios competentes: tan censurable puede ser conceder una licencia cuando no se debería haber concedido, como no concederla cuando sí se merece y aún más, cuando esa situación genera una responsabilidad penal para el sujeto particular. La supuesta voluntad del legislador penal de derivar responsabilidad penal para todas las instancias implicadas en una ilicitud urbanística, desde el funcionario al particular, vuelve a adolecer de descoordinación respecto a la respuesta adoptada extrapenalmente.

La situación se sigue complicando cuando se observa que, además de que penalmente aparecen conductas leves o hasta irrelevantes para el Derecho Administrativo, se olvidan comportamientos que según éste son tan graves o más que los típicamente previstos. Casos más evidentes son, junto con las obras de urbanización realizadas sin previo plan y proyecto de urbanización, las parcelaciones en suelo rústico, origen de la práctica totalidad de las urbanizaciones ilegales⁵⁰. Se trata, como puntualiza DE LA CUESTA ARZAMENDI, de conductas que no consisten simplemente en meras desobediencias de la legislación administrati-

47. Artículo 115.1.c)1^º de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León.

48. Artículo 117.3 en relación con el 23.2 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León.

49. Artículo 115.1.b)3^º, en relación con el 116.1.a) de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León.

50. Cf. BETRÁN ABADÍA, R., CORVINOS BASECA, P. y FRANCO HERNÁNDEZ, Y.: “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y la disciplina urbanística”, *Revista de Derecho Urbanístico*, nº 151, 1997, pp. 19 y ss.

va, sino que pueden afectar decisivamente al propio suelo sobre el que se producen, de aquí que pueda observarse ya un desvalor especial relativo al propio bien jurídico que justificaría su inclusión penal⁵¹. La vulneración del principio de intervención mínima y de *ultima ratio* es tan evidente que huelgan los comentarios.

IV. Valoración

Según se desprende de lo que hemos intentado describir en las páginas precedentes, la protección penal ante los daños urbanísticos parece que sólo pretende ser un simple apoyo de lo que administrativamente es considerado contrario a la ordenación vigente. En el ánimo del legislador penal parece encontrarse un deseo de obtener la eficacia represiva que no han logrado las respuestas administrativas. El camino que para ello se emplea es el de un sistema de tutela absolutamente dependiente del Derecho Administrativo, desprovisto de todo elemento de desvalor material en las conductas tipificadas que a lo único que conduce es a mantener un Derecho Penal formal y alejado de su razón de ser, la antijuricidad material de lo que sanciona, para pasar a adoptar un papel que no le corresponde, el de respaldo de la función administrativa, y para el que resulta ineficaz, pues sólo servirá para una reiteración de los defectos que pudieran existir en tal ámbito sancionador. Es absurdo creer que con la sola represión penal de lo sancionado administrativamente se salvan las ineficacias de otro sector. Esa manera de pensar se corresponde con una visión demagógica del Derecho Penal, que sólo promete soluciones, pero que no las puede cumplir porque no se ha establecido la premisa para dar respuestas eficaces: la coordinación. Si no es mediante una previa delimitación de lo que se estima más o menos relevante, lle-

vando al Derecho Penal sólo los comportamientos más graves, se incurre en un dislate valorativo que no sólo repite las ineficacias del sistema sancionador anterior sino que, además, rompe con la *ultima ratio* como principio garantista que limita la intervención punitiva, al extenderse a conductas que antes son estimadas leves y no reaccionar ante aquellas contravenciones de la ordenación territorial muy graves por perjudicar a lo que constituye el auténtico sentido material de la ordenación de los usos del suelo: los *intereses de los ciudadanos tales como el disfrute de un espacio urbano no deteriorado, de espacios comunitarios, de una vivienda digna y adecuada, el freno de la especulación o el control de unos niveles demográficos excesivos*⁵².

Tal vez haya que pensar en que es imposible una protección penal del territorio en sí mismo, como sede de actividades urbanísticas, porque siempre habrá un grado de dependencia extremo del Derecho Administrativo⁵³. Pero sí hay que propugnar el traslado al Derecho Penal de las conductas que valoradas urbanísticamente más graves y que, además, representen una lesión o puesta en peligro para los intereses de los ciudadanos que dan sentido a la actividad de ordenación del territorio. Sólo así quedarán a salvo los límites/garantías del Derecho Penal que son la lesividad, como fundamento de toda incriminación, y la intervención mínima, como barrera frente a la sanción de lo previamente admitido o estimado como no grave. Para ello, la coordinación entre los dos órdenes implicados resulta indispensable. De no ser así, se continuará con la actual inaplicación de los ilícitos y la confusión sobre qué es lo que realmente se quiere proteger. La idea de BENTHAM de que un sistema penal que sancione lo más grave con la misma pena que lo menos grave produce efectos criminógenos sigue actualizándose en nuestros días⁵⁴.

Como ejemplo de Derecho positivo, podemos citar el artículo 115.1.b)1ª y 2ª de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, que considera infracciones administrativas graves "la realización de parcelaciones urbanísticas en suelo rústico" y la "realización de parcelaciones urbanísticas y obras de urbanización antes de la aprobación de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanísticos exigibles".

51. QJETAÁRZAMENDI, J.L. DELA: "Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995", *op. cit.*, p. 315.

52. Recordamos la Exposición de Motivos de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León: "el principal propósito del urbanismo ha de ser que el uso del suelo se realice conforme al interés general, con el objetivo de mejorar la calidad de vida y la cohesión social de la población, en especial mediante el acceso a una vivienda digna y a las dotaciones urbanísticas".

53. Lo que HENE, G.: "Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente", *Anuario de Derecho Penal*, nº 46, 1993, denomina modelo absolutamente independiente.

54. Citado por IBÁÑEZ GARCÍA, I.: "El delito urbanístico ¿delito demagógico?", *Actualidad Penal*, nº XLVII, 1998, p. 933.