

Dra. Ana María Gil Antón

Miembro del Grupo de Investigación de la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR).
Socia de la FICP.

~Los delitos contra la ordenación del territorio, según la Ley 1/2015, de reforma del CP~

I. FUNDAMENTACIÓN DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL DELITO URBANÍSTICO Y DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.

La fundamentación constitucional de la protección del medio ambiente se encuentra en los artículos 45 a 47 del CE, en los que se garantizan respectivamente, el derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, la conservación y el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, y la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

No obstante, su ubicación en el Capítulo III referido a “De los principios rectores de la política social y económica, del Título I “ De los derechos y deberes fundamentales” conlleva una protección específica, que sin embargo no deja abierta la vía prevista en el artículo 53.3. CE para los derechos fundamentales, esto es el recurso de amparo y, su protección sólo podrá instarse en vía ordinaria de acuerdo con lo que se prevea en las leyes que desarrollen lo establecido, constituyendo una obligación de los poderes públicos su defensa, existiendo reserva de ley para la protección por vía penal. . Con respecto al concepto de medio ambiente, hemos de señalar que el artículo 45 del Texto Constitucional, sin decir expresamente, qué se ha de entender por medio ambiente, sin embargo, sí lo reconoce en cuanto principio constitucional informador del ordenamiento Jurídico y social. Además, se trata de un precepto CE que, ha de ser integrado con todo el conjunto de normas que regulan los múltiples tipos de recursos naturales en el territorio nacional. Lo relativo a la materia medio ambiental se implementa a través de múltiples leyes como la Ley 34/2007 de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmosfera; la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información y participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente; Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad ambiental; Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido; Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados en la contaminación, así como otras muchas disposiciones normativas y reglamentarias. Por otra parte, existen sanciones penales (en su caso, administrativas) así como la obligación de reparar el daño causado, cuando se vulnera el medio ambiente.

Con respecto a la ordenación del territorio, la CE en su artículo 47 reconoce y garantiza el derecho a todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada e impone a los poderes públicos el deber de promover las condiciones adecuadas, y de establecer las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. En este último inciso encuentra su sustento constitucional la regulación de los delitos sobre la ordenación del territorio, que como veremos se regulan en los artículos 319 y 320 del CP.

A su vez el urbanismo por su propia esencia, que consiste en la ordenación del suelo, guarda una relación muy estrecha con lo que se ha denominado el medio ambiente, siendo la segunda Ley del Suelo, constituida por el Texto Refundido del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, lo que da lugar a su nacimiento, a lo que hay que añadir lo que ha venido manteniendo la Sala Segunda del TS, en sentencia de 16 de junio 1995 *“en cuanto a la construcción piramidal del planeamiento urbanístico, todos los planes de ordenación debían contener medidas para la protección del medio ambiente(art. 7 y 12.1.d)”*, y sigue manteniendo que *“ el ambiente, por otra parte, es un concepto esencialmente antropocéntrico y relativo. No hay ni puede haber una idea abstracta intemporal u utópica del medio, fuera del tiempo y del espacio. Es siempre una concepción concreta, perteneciente al hoy y operante aquí”*. En definitiva, su protección se fundamenta en sí mismo, en su propia existencia, así como en la idea de ser un instrumento al servicio del hombre.

Por otro lado, tampoco cabe a priori desdeñar la idea de que la materia relativa a la “ordenación del territorio” en general se muestre en cierta medida fronteriza a la medioambiental, opinión ésta sustentada por determinados especialistas en ciencias extra-jurídicas, para los que no tiene demasiado sentido plantear de forma aislada e independiente sus respectivas problemáticas

Lo que sí se hace necesario es conocer en qué casos puntuales es el ordenamiento penal el instrumento de control social más eficaz y adecuado para llevar a cabo una efectiva labor de protección de tales intereses jurídicos difusos, que por otra parte, es lo que se pretenden tutelar mediante la mayoría de las infracciones que integran el Capítulo I del Título XVI CP, al igual que sucede a través de la tipificación de otras figura penales, pese a encontrarse legalmente ubicadas *extra muros* del mismo, correspondiendo dicha protección a los poderes públicos, y al Estado la competencia en materia de la protección penal.

La Ley 5/2010 incidió de manera especial en la anterior regulación de estas infracciones ubicando en el Capítulo I, Título XVI CP, y bajo un mismo rótulo, la normativa correspondiente a

los delitos contra *la ordenación del territorio y el urbanismo*, y reservando en cambio su Capítulo III para tutelar *los recursos naturales y el medio ambiente*, constituyendo el bien jurídico protegido en los distintos tipos penales que integran ese primer grupo de infracciones, la obligación de respetar y cumplir la normativa vigente, que prohíbe la comisión de determinadas conductas transgresoras de esos elementos, sea ésta de naturaleza legal o meramente reglamentaria. En la citada modificación legislativa, se añadieron junto a la construcción y edificación en suelos de especial protección las obras de urbanización. También se añadieron de forma expresa y obligatoria el comiso de las ganancias provenientes del delito, en el artículo 319 CP. Se incorporó la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos contra la ordenación del territorio, en consonancia con lo establecido en el artículo 31 bis del CP. Además se ampliaron las conductas típicas realizadas por autoridad o funcionario público, del artículo 320 CP, sancionándose en primer lugar, los informes favorables de instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, o reparcelación contrarios a las normas en de ordenación del territorio o urbanísticas vigentes, así como su aprobación o votación a favor en función de que sea la autoridad o funcionario por sí mismo o como miembro de un órgano colegiado.

También se sancionaron la omisión de inspecciones debidas o el hecho de silenciar la infracción de normas urbanísticas, de que se tenga conocimiento.

Por último, en ambos preceptos se introdujo, junto a la multa conforme al sistema de días multa, la multa proporcional, que se impondría de forma subsidiaria cuando la cuantía a pagar conforme al sistema de días –multa resultara inferior al beneficio obtenido por el delito.

LOS DELITOS CONTRA LA ORDENACION DEL TERRITORIO EN SENTIDO ESTRICTO

La intervención penal en una materia eminentemente administrativa como es la ordenación del territorio se produce a partir del Código Penal vigente y se explica por la insatisfactoria o insuficiente respuesta que aporta el Derecho administrativo sancionador ante determinado tipo de infracciones contra la ordenación del territorio. La respuesta del derecho penal a tenor del principio de intervención mínima, se limita a los ataques más graves contra la ordenación del territorio, esto es los cometidos por determinados tipos de sujetos-promotores, constructores y técnicos-directores, al realizar las obras de urbanización, de construcción y de edificación en suelos de especial protección. La concreta redacción del artículo 319 CP se corresponde con una ley penal en blanco, con numerosas remisiones a la normativa urbanística vigente.

El bien jurídico protegido en los delitos sobre la ordenación del territorio no es tanto la normativa urbanística como el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido de

utilización racional del suelo orientado a los intereses generales, pues la filosofía que emana de las normas constitucionales es la de castigar las conductas objetivamente más graves, que originen consecuencias trascendentes para la ordenación del territorio. El art. 319 CP 1995 castigaba conductas objetivamente graves y dolosas que atacasen un bien jurídico comunitario —la utilización racional del suelo y la adecuación de su uso al interés general—; por ello el análisis del tipo debía realizarse desde la perspectiva de la antijuridicidad material, aplicando el principio de mínima intervención cuando no se apreciase afectación del bien jurídico tutelado, ya que los tipos penales no pueden servir como mero reforzamiento de la autoridad administrativa.

Se protege la ordenación racional del territorio, bien protegido constitucionalmente, al establecerse que la utilización del suelo ha de regularse atendiendo al interés general, como ha quedado indicado, para impedir la especulación. Desde esta comprensión la protección penal de la calidad de vida y el hábitat en el que se desenvuelven los seres humanos, constituyendo un patrimonio común que se

PREVALENCIA DE LA PROTECCIÓN PENAL SOBRE LA ADMINISTRATIVA

En algunas sentencias, entre ellas las de TS 2.ª S 17 Oct. 2006— rec: 193/2006 absolutoria de instancia, en el caso a que nos referimos, se pone de manifiesto como se concedió una inadecuada preeminencia a la resolución de la jurisdicción contenciosa utilizándola como un obstáculo, casi insalvable, para la aplicación de las normas penales, lo que no responde a los criterios que establecen la absoluta e indiscutible preeminencia de la jurisdicción penal. Es más, la decisión del TSJ dice que la resolución del Servicio Provincial de Costas “no es conforme a derecho” y deja para ejecución de sentencia “la determinación de la parte de la obra que no puede ser objeto de restauración”. Así pues, del contenido de la propia resolución se desprende claramente que el acusado tenía conciencia de que su comportamiento era contrario a la normativa y por ello penalmente punible. Ahora bien, dicha Sala era consciente de que existen verdaderos desafueros urbanísticos con un impacto infinitamente superior al contemplado —un voladizo de 1,82 m²—; sin embargo, la afectación e intangibilidad del dominio público marítimo-terrestre es un bien constitucional que debe ser protegido sin distinciones, en función de su mayor o menor agresividad. En este sentido, se indicaba *“Es cierto que el condenado actuó en un marco de cierta singularidad, pero ello no es suficiente para justificar la invasión del dominio público por razones meramente cuantitativas. Se desvirtuaría la importancia de la reserva y custodia especial que el derecho administrativo y, afortunadamente el derecho penal, deben realizar sobre dicho espacio”*.

Dicho lo anterior, hemos de indicar que el delito urbanístico se regula en los artículos 319 y 320 del CP se tipifican cinco figuras delictivas diferentes, que podemos diferenciar entre un tipo agravado y uno básico, en los apartados 1 y 2, respectivamente del artículo 319; así como los de prevaricación del artículo 320 CP. Como se indica a continuación, en el actual Capel tipo básico del artículo. 319.2 CP se configura como un delito de urbanización, construcción y edificación no autorizable en suelo no urbanizable, tratándose de un delito especial y de resultado con el que el legislador pretende garantizar la indemnidad edificatoria de los suelos no urbanizables.

II. TIPOS DEL DELITO MEDIO AMBIENTAL

El artículo 319. CP determina que:

1. “se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de veinticuatro 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 la profesión u oficio por el 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. (MODIFICADO POR LA LEY 1/2015, DE 31 MARZO, DE REFORMA DEL CP).
4. En los supuestos no 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.

1. El tipo básico del art. 319.2 CP

El delito de urbanización, construcción y edificación no autorizable en suelo no urbanizable, contemplado en este apartado supone también un delito especial y de resultado con el que el legislador pretende garantizar la indemnidad edificatoria de los suelos no urbanizables

La conducta integrante del tipo básico del artículo 319.2 CP consiste en “llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelo no urbanizable”. Así pues, a diferencia de lo establecido en el tipo agravado del art. 319.1, y cuyos elementos esenciales se

corresponden con los que configuran la presente infracción, cabe afirmar que la única diferencia apreciable entre ambas figuras delictivas radica en la exigencia legal del carácter del suelo, que en el tipo básico ha de ser *no urbanizable*. Dicho concepto, desaparecido como tal de la legislación estatal, se mantiene en cambio en la regulación de algunas Comunidades Autónomas como equivalente a *suelo rural*, según se desprende de la regulación contenida en el art. 12.2.a) de la LS, o, lo que es lo mismo, no susceptible de ser transformado mediante actividades de urbanización, que conlleven, dada su protección agrícola, ganadera o forestal, riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, así como aquellos otros que prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística. A tales efectos se requiere una especial declaración administrativa, ya que desde un punto de vista penal sería insuficiente la apreciación judicial de tales valores. El término “no autorizable” de la construcción, deberá interpretarse restrictivamente. En este sentido, la reciente SAP de las Islas Baleares de 15 de diciembre de 2012 (Sección 1.^a), que con anterioridad ya se había manifestado al respecto en Sentencia de 17 de septiembre de 2010, entiende que la nueva redacción conferida por la reforma de 2010, tanto a este tipo básico como al agravado del apartado 1 del art. 319, al suprimir la expresión “no autorizada”, que era más amplia e independiente de una eventual posterior “autorización” o de ser “autorizable”, sustituyéndola por la de “no autorizable”, resulta más beneficiosa para el reo, pues, a diferencia de la anterior, en la que la inexistencia de autorización suponía la tipicidad del hecho, la redacción actual permite excluir del tipo penal el supuesto de “construcción autorizable”. Por su parte, otras Sentencias, también pronunciadas por diversas Audiencias Provinciales sobre el particular, habían ya concretado el contenido del término *no autorizable*, como hiciera la SAP de Sevilla de 4 de noviembre de 2008, al expresarse en los siguientes términos:

“Este elemento del tipo debe referirse a la ilegalidad de la edificación en el momento en que se realiza, no bastando con que la edificación se haya realizado sin licencia, ni que se haya hecho en suelo no urbanizable, sino que se requiere, además, que sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento y, por tanto, no sea posible su autorización”...

En parecida línea interpretativa, la SAP de Salamanca de 12 de marzo de 2012 considera que dicho elemento típico debe integrarse por:

“Todo aquello que ni está autorizado ni es susceptible de autorización ni de legalización, aunque se pida licencia. Se aplicará el tipo del art. 319 CP (LA LEY. 3996/1995) sólo a aquellas infracciones urbanísticas que adolezcan de irregularidades tan graves y escandalosas que ni siquiera quepa la posibilidad de una posterior subsanación, legalización, ni autorización o convalidación, aunque se pida licencia, o dicha "legalización" sería remota, futura o incierta....”..

Parece pues obvio que, si tanto el Derecho Penal como el Administrativo son materias que se rigen por el principio *tempus regit actum* el momento de comisión de los hechos delictivos, en

relación a la normativa urbanística vigente en materia de licencias de edificación, ha de ser el único que se pueda tomar en consideración a efectos de reprimirlos en aplicación del art. 319.2 CP, ya que de lo contrario, se podría incurrir en el absurdo de que los hechos que a fecha de hoy debieran sancionarse penalmente, mañana devinieran impunes, debido a una actuación extraordinaria del planificador legalizándose así por vía de excepción, lo que nunca debió construirse en estricto cumplimiento del ordenamiento urbanístico.

En otro orden de cosas, la determinación de los términos legales *obras de urbanización, construcción o edificación*, puesto que constituyen elementos normativos del tipo, es decir, conceptos jurídicos indeterminados, así como su interpretación y concreción, corresponde al libre criterio valorativo del juez penal, que deberá no obstante atender a la legislación administrativa encargada de su regulación, ya que no en balde nos encontramos ante una norma penal en blanco; y habida cuenta que los tres términos se repiten en la descripción legal del tipo agravado del art. 319.1 CP, cabe desde ahora adelantar que todas las apreciaciones formuladas con respecto a esta figura básica, pueden hacerse extensivas a la figura cualificada, si bien puede de antemano advertirse que, puesto que ambas infracciones hacen referencia a obras *no autorizables*, aunque en zonas o lugares de distinta índole, no es de extrañar que en la práctica se originen indeseables *solapamientos* legales entre esta segunda figura y la infracción genérica que ahora nos ocupa, pues, en ocasiones, es realmente difícil establecer la diferencia existente entre realizar obras en suelos *de reconocido valor*, dignas, según el legislador, de especial protección y sanción más grave (art. 319.1 CP , o hacerlo en suelos *no urbanizables*, considerando que esta segunda conducta está legalmente conminada con menos pena que la anterior (art. 319.2 CP).

En consecuencia, una interpretación meramente funcional de ambos apartados del art. 319 CP lleva a calificar como *suelo urbanizable* todo el que se encuentre excluido del área de esa especial protección, bien por no tener reconocidos desde un punto de vista legal valores paisajísticos, ecológicos, artísticos, históricos o culturales, bien por no estar destinado a la explotación ganadera, agrícola o cinegética. De otra parte, la coexistencia en este ámbito concreto de sanciones administrativas y penales obliga igualmente a tener presente la referida prohibición constitucional de vulneración del *non bis in idem*, de tal modo que quedará suspendido el procedimiento sancionador en tanto no se pronuncie el órgano jurisdiccional penal competente, tal y como ya reconoció en su día la STC de 30 de enero de 1981, de la misma manera que la imposición de una sanción de esta índole excluye la aplicación concomitante de otra de carácter administrativo, quedando de esta forma vinculados a la jurisdicción administrativa los hechos declarados probados en el proceso penal, según declarara en su momento otra STC, de fecha 3 de octubre de 1983.

El objeto material de esta figura genérica, al igual que el de la modalidad agravada, coincide con los términos *obras de urbanización, construcción o edificación*, entendido el término construcción, con “todo acto que implique una positiva transformación material del suelo o del espacio”, siempre que posea una cierta entidad y vocación de permanencia, tal y como sostuvo la STS 182/2006, de 29 de noviembre, según la cual quedarían, entre otros, amparados por el tipo en cuestión las viviendas, los establos, el asfalto de un camino, la realización de obras de urbanización, un pozo, un puente, o una piscina, siempre que tuvieran un cierto alcance cuantitativo, de la misma manera que podría resultar punible —siquiera en grado de tentativa— un movimiento de tierras en conexión con una ulterior construcción. Las obras de *edificación* pueden entenderse como de nueva planta, normalmente destinadas a la vivienda de personas, aunque no impliquen morada permanente en ella, si bien a efectos penales hay que excluir de este concepto las meras excavaciones, movimientos de tierra y actos similares, dada su escasa gravedad .

En cuanto al sujeto activo, tanto el apartado 1 como el 2 del art. 319 CP aluden respectivamente a *los promotores, constructores o técnicos directores*. Tales conceptos no se encuentran definidos en la legislación estatal, proporcionando cada normativa autonómica una definición diferente, lo que plantea posibles vulneraciones del principio de igualdad, si bien el juez goza de plena capacidad a la hora de valorarlos, con independencia de lo establecido en la legislación autonómica.

Así pues, y en lo que a dicha relación se refiere, la STS de 26 de junio de 2001 (FJ 4.º b) califica como *promotor* a cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que individual o colectivamente decide, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación, para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros, bajo cualquier título, sin exigencia de titulación alguna; como *constructor* a quien ejecuta los trabajos previstos por el técnico, bajo su control; y como *director técnico* al encargado de redactar el proyecto, ya sea arquitecto, ingeniero, o arquitecto e ingeniero técnicos, para quienes la citada STS exige la necesaria titulación.

En este orden de ideas, y pese a que dicha resolución (FJ 3.º), en cuya misma línea interpretativa se inserta otra posterior, también del TS, la 690/2003, de 14 de mayo, entiende que el art. 319.2 CP recoge un *delito común*, que puede cometer cualquier particular, sin necesidad de cualificación alguna, otra opinión diferente considera en cambio que nos encontramos en presencia de un *delito especial propio*, que tan sólo pueden ejecutar las personas que textualmente enumera el citado precepto, al menos ello es lo que parece derivarse de la previsión legal de la pena de

inhabilitación especial aplicable a tales sujetos, así como de la propia dicción del CP, al utilizar el término “técnico”. Una interpretación intermedia entre ambas sería la de calificarlo como delito común en lo referido a constructores y promotores, quienes pueden ser particulares, no necesariamente titulados, en tanto que como delito especial propio en lo concerniente al director técnico, ya que éste sí tiene que hallarse en posesión de la correspondiente titulación universitaria.

Desde un punto de vista subjetivo, es evidente que sólo es posible la comisión dolosa de esta figura delictiva, no contemplando el CP su punición imprudente; opción legal congruente, dada la particular naturaleza del injusto, puesto que las conductas de esta índole, es decir, aquellas en las que no esté el dolo presente pasarían en todo caso a resolverse en vía administrativa. En consecuencia, la eventual concurrencia de un error vencible de tipo (art. 14.1 CP) no del todo improbable, habida cuenta los diversos elementos normativos recogidos en el tipo, aunque tampoco admisible *a priori* en términos genéricos, determinará la impunidad del supuesto en cuestión. Pero la propia realidad social hace que resulte más difícil todavía apreciar la presencia del error de prohibición en estos delitos, pese a que haya sido excepcionalmente admitida en aquellos casos en los que el profesional pueda demostrar que actuó en la creencia errónea de la licitud de su obra; opinión ésta a la que se ha opuesto en cambio un sector de la jurisprudencia del TS.

La triple sanción acumulativa que establece el art. 319.2 se traduce en los siguientes términos: 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 la profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

2. El tipo cualificado del artículo 319.1 CP

En esta figura estamos ante un delito de urbanización, construcción y edificación no autorizable en suelos o lugares reservados o protegidos (viales, zonas verdes, bienes de dominio público y lugares de reconocido valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural).

El tipo cualificado del art. 319.1 CP, se trata de un delito especial y de resultado, pues solo pueden responder de la conducta típica, a título de autor ejecutivo, las personas designadas. En consecuencia prohíbe a sus concretos destinatarios, a saber, las mismas personas referidas en el precepto antes comentado (promotores, constructores o técnicos directores) realizar idénticas conductas a las mencionadas *supra*; prohibición consistente en llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación *no autorizables*, si bien, y esta es la diferencia sustancial que media entre

ambas figuras delictivas, tales obras han de ubicarse en una serie de lugares *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*, añadiéndose al final del precepto una cláusula analógica, excesivamente genérica y ambigua por su confusa redacción, que alude a *otros lugares que, por los mismos motivos* mencionados, hayan sido *considerados de especial protección*.

Así pues, dada la identidad de requisitos objetivos concurrentes en ambos tipos penales, cabe reproducir en este lugar todas las observaciones realizadas al analizar la conducta, el objeto material y los sujetos activos en el marco de la figura genérica del art. 319.2 CP. Con mayor motivo aún, y al igual que sucede con el tipo básico, esta figura agravada solo admite, por razones obvias, la comisión dolosa, quedando de esta forma excluida de su ámbito punitivo la modalidad imprudente de comisión.

No obstante, no basta la constatación de estas realidades para que se pueda aplicar el tipo delictivo, sino que será necesario acreditar que las obras ilícitas son, desde la perspectiva administrativa de aplicación, no autorizables. La utilización de esta expresión permite delimitar el ilícito penal del administrativo: no se trata de contrastar la existencia o no de licencia, sino de contraste con una perspectiva global de antijuricidad.

La determinación del momento consumativo de ambos tipos penales requiere que transcurra un determinado período de tiempo desde que se realizó la conducta, pues es materialmente imposible que estas dos figuras delictivas se perpetren de manera fugaz o instantánea, puesto que a efectos penales es necesario valorar la entidad y estabilidad de lo construido; y, “la ejecución de obras” con determinados fines, dicha alusión se traduce en la idea de ampliar el período consumativo a costa de reducir el ámbito de la tentativa en tanto esa expresión legal es conceptualmente más amplia.

Tanto para el tipo básico como para el cualificado juegan las reglas generales del *concurso ideal* de delitos con la correspondiente infracción de *falsedades* en aquellos casos en que el agente haya obtenido la preceptiva autorización o licencia falseando o presentando documentos falsos. Esta misma solución concursal puede aplicarse, aunque en relación ahora al delito de *desobediencia*, si habiendo sido requerido el sujeto activo para paralizar la obra, no obedeciera las órdenes o resoluciones adoptadas por la autoridad competente en relación a la inviabilidad legal del proyecto o a la paralización de las actividades correspondientes. En estos supuestos, según la STS

1182/2006, de 29 de noviembre (FJ 11.º), existe un concurso aparente de normas entre el art. 319 y el 325 CP (delito medioambiental), que debe resolverse por alternatividad a favor del segundo precepto, al establecer una pena más grave que el primero de ellos.

Si aceptamos la premisa de encontrarnos en presencia de delitos de resultado, son en principio aplicables a ambos tipos penales las reglas generales sobre autoría y participación, aunque en la práctica resulta problemático el caso concreto de la intervención sucesiva, cuando, por ejemplo, un constructor inicia una obra *no autorizable* en suelo que goza de especial protección administrativa y, con posterioridad, un nuevo empresario de la construcción se incorpora a ella llevándola a término conjuntamente. Parece que si las dos conductas reúnen la suficiente entidad penal habría que calificar a sendos sujetos como coautores del mismo delito

El art. 319.2 CP en su condición de tipo agravado, incrementa la duración de las tres clases de penas que para el tipo básico prevé alternativamente su apartado 1; a saber, se impondrán la de prisión de un año y seis meses a cuatro años, junto a la de 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», más la de inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

Con respecto al *iter criminis*, al ser infracciones de resultado, cabe distinguir la tentativa inacabada, la acabada y la consumación.

3. El artículo 319.3 CP: sobre la disposición común relativa a la demolición

El actual art. 319.3 CP, modificado como veremos por la Ley 1/2015, de 31 de marzo, de reforma del CP, con entrada en vigor el 1 de julio, recoge una *disposición común* a los tipos básico y cualificado del delito que nos ocupa. Se trata de una norma cuya naturaleza, civil o penal, ha sido doctrinal y jurisprudencialmente muy cuestionada, facultando al juez penal, siempre que motive la adopción de esta medida en la sentencia, para que ordene la *demolición de la obra a cargo del autor del hecho*, siempre que de forma previa haya sido ésta ilegalmente declarada, y sin perjuicio de determinar las indemnizaciones correspondientes a terceros de buena fe que pueden lógicamente verse afectados como consecuencia de su adopción. A primera vista, parece que los tribunales no tienen que adoptar esta medida con carácter *preceptivo*. Al menos, así lo ha entendido una buena parte de la doctrina y la jurisprudencia pronunciadas al respecto, en particular con anterioridad a la reforma de 2010.

Sin embargo, del estricto tenor literal del precepto, que contiene una norma tan aflictiva como meramente potestativa, no cabe deducir una afirmación genérica en uno u otro sentido, pues ello daría lugar en la práctica a la adopción de decisiones judiciales desiguales y, por lo tanto, injustas. Piénsese, por ejemplo, en aquellos casos en los que la obra no haya sido legalizada o tampoco pueda serlo; en tales supuestos parece más razonable entender que tanto la demolición como la reposición de la realidad física alterada deben ser obligatoriamente acordadas por el juez. De todas formas, si éste no hace uso de dicha facultad legal, cabe siempre la posibilidad de que sea la propia Administración quien pueda ordenarla. Ahora bien, esta última posibilidad se da al traste a causa de la lentitud de actuación y resolución del control judicial en vía contencioso administrativa. A efectos penales, algunas de las primeras sentencias que acordaron la demolición de unas obras aportando para ello argumentos bastantes sólidos fueron las dictadas por las AAPP de Almería (Sección 3.ª) 182/2010, De 28 de mayo, y de Baleares (Sección 1.ª) 228/20010, De 17 de septiembre. .

Puede, pues, decirse que, desde una perspectiva jurisprudencial, tanto la concepción sustentada sobre la naturaleza civil o penal de la medida de demolición como sobre su carácter obligatorio o meramente potestativo, existe una tendencia a favor de rechazar su entidad de medida de resarcimiento civil para calificarla como una auténtica sanción punitiva, es decir, como una genuina consecuencia jurídica del delito, prevista e incluida en el marco de la finalidad preventiva de una norma de esta categoría como parte integrante de la necesidad de restaurar el daño causado al bien jurídico protegido, así como al objeto material del delito, que no es otro que la obra ilegal, siendo asimismo la jurisdicción penal quien tenga o no que acordarla, según la gravedad de la infracción cometida para evitar de esta forma que dicho acuerdo se difiera a un procedimiento administrativo posterior que acarrearía sin duda problemas.

No obstante, la propia jurisprudencia fundamentada en la necesidad de dotar de un mayor grado de eficacia a los tipos penales que castigan estos delitos y que requieren la restauración del daño causado al bien jurídico protegido, -ya que el apartado 3 del art. 319 al prever la posibilidad de condenar al autor a reponer a su estado originario la realidad física alterada-, y que también explica la evolutiva tendencia jurisprudencial a calificar la orden de demolición como una auténtica sanción de índole penal. El último inciso del art. 319.3, *comiso* de las ganancias provenientes del delito, con independencia de las transformaciones que hubieren podido experimentar y se trata de una consecuencia accesoria, legalmente recogida en términos genéricos en los arts. 127 y 128 CP siendo, pues, su naturaleza claramente punitiva.

Dicho apartado, ha sido modificado por la Ley 1/2015, de 31 de marzo, de reforma del CP, en el sentido que a continuación se indica:

Redacción del art. 319.3. según la reforma del CP

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

Como se puede constatar de la redacción, la demolición de la obra y la reposición al estado originario, a partir del 1 de julio, requerirá la valoración de las circunstancias concurrentes por parte de los jueces o tribunales antes de proceder a ordenar la demolición de la obra, así como que sea oída la Administración competente. Se determina así igualmente que se puedan condicionar temporalmente la demolición siempre que se constituyan las garantías que fueran necesarias para asegurar que puedan satisfacer los gastos que conlleven tanto la eventual demolición, como su reposición.

4. Algunas referencias jurisprudenciales

A continuación se incluyen algunas sentencias relevantes en relación con el delito urbanístico:

”La conducta enjuiciada, en el caso —construcción de un voladizo de 1,82 m²—, es claramente típica y dolosa, y ello con independencia del escaso volumen que afecta a la zona de dominio público marítimo-terrestre. Esta Sala no puede compartir el fallo absolutorio de la instancia, que se basa en la declaración de que el acusado actuó con un error de prohibición y en el contenido de la sentencia del TSJ que, en vía contenciosa, declaró no conforme a derecho la resolución del Servicio de Costas. La Audiencia justifica la eliminación del dolo por un error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción, ahora bien, 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. Y un profano que ha vivido durante años 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 norma. Sabe perfectamente que necesita dos preceptivas licencias y, sin embargo, no solicita la autorización de Costas aunque sí requiere al Ayuntamiento licencia de obras para la reparación general de la vivienda, y no la obtiene precisamente por carecer de la autorización previamente omitida. En definitiva, realiza la obra a sabiendas de su ilicitud y aprovechando la inactividad de la Administración. TS 2.ª S 17 Oct. 2006— rec: 193/2006.”

“En el caso, la Administración competente ordenó la paralización de la obra iniciada por el acusado por no situarse en el lugar indicado en el plano presentado con la solicitud de licencia y encontrarse, en realidad, en terrenos incluidos dentro de un espacio natural protegido, habiendo sido condenado por un delito del art. 338 CP 1995 En efecto, este precepto se inserta en las disposiciones comunes aplicables a los delitos 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 el caso, art. 319.1 de la norma, no incluye per se dicha calificación agravatoria, como sí sucede en el tipo descrito en el art. 330 del citado Código, 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 tal, y siendo ello así debe operar la agravante específica, pues el delito base no comporta dicha cualidad fáctica. TS 2.ª S 26 Jun. 2001— rec: 4416/1999.

“La comisión de un delito sobre la ordenación del territorio —art. 319.1 CP 1995— supone una construcción no autorizada que se haya realizado en suelo considerado de especial protección. El concepto «construcción» se considera por unanimidad como la ejecución de toda obra que modifique la naturaleza de un terreno, es decir, que añade elementos físicos permanentes no sólo con obras de arquitectura o ingeniería sino también con toda clase de infraestructuras. La interpretación del término «sin autorización» suscita mayor dificultad, pues mientras un sector doctrinal mantiene que la falta de autorización en el momento de iniciar la construcción supone que la acción es típica —independientemente de que fuese o no autorizada ex post—, otro estima que el Derecho penal sólo debe sancionar los comportamientos infractores de la regulación administrativa de mayor entidad. Esta Sala se inclina por una interpretación amplia, es decir, que la sola construcción sin autorización administrativa podría considerarse formalmente típica al contravenir las normas relativas a la ordenación del territorio, pero no por ello reuniría el elemento de la antijuridicidad material, que sólo se colma con la constatación irrefutable de la efectiva conculcación del bien jurídico protegido —buen orden de planeamiento y utilización racional del suelo—. En definitiva, la obra en ejecución o ejecutada susceptible de posterior legalización no puede conceptuarse como delictiva. AP Jaén Secc. 2.ª S 18 Ene. 2007. — rec: 127/2006

“En el caso, entiende esta Sala que el juzgador a quo incurre en error en la valoración de la prueba practicada, pues de la misma no se puede concluir que la construcción denunciada no sea legalizable. La imposibilidad de legalización parece basarse en la inexistencia de actividad agraria en la finca en la que se construyó la vivienda, pero la existencia del cultivo negado se deriva con claridad meridiana de la documental aportada: escritura pública de compra de la finca descrita como tierra erial, pastos y olivos; informe pericial del SIG Oleícola Español en el que consta un número real de olivos; declaración de cultivo del olivar; justificante de los árboles entregados para repoblar, y otro informe pericial donde se afirma la existencia de dichos cultivos. Partiendo de los propios hechos probados de la sentencia de instancia no discutidos, en cuanto a que lo construido fue una vivienda unifamiliar aislada de dos plantas y una piscina, habrá que concluir que podría considerarse vinculada a una explotación agrícola y forestal. Es cierto que se ha construido sin la oportuna licencia conculcando la legislación urbanística, pero la duda racional al menos de la posible legalización de la vivienda, impide adoptar un pronunciamiento condenatorio —por aplicación del principio in dubio pro reo— puesto que no se alcanza la necesaria certeza jurídica sobre la concurrencia de los elementos del tipo penal. En definitiva, se absuelve a los imputados. AP Jaén Secc. 2.ª S 18 Ene. 2007. — rec: 127/2006.

“El verbo «construir» tiene un significado más amplio que el de “edificar”, pudiendo referirse aquél a toda modificación mediante obras de albañilería, entendidas éstas en un sentido amplio de la configuración del suelo que goza de la especial protección, a que alude el art. 319.1 CP 1995 (LA LEY. 3996/1995), no exigiéndose, por tanto, la aparición fruto de esa actividad de un cuerpo con un volumen determinado como pudiera ser una edificación, propio del art. 319.2 CP 1995. Pero si esto es así y lo que se castiga es esa modificación, lo recogido en la sentencia de autos como obra ejecutada tras la recepción de la orden de paralización —arreglos en la cubierta del edificio—, no puede afirmarse que esa modificación se haya producido, en cuanto afecte al suelo, que no estuviese producida con anterioridad por lo ya construido, con lo que lo hecho no atentaría contra el bien jurídico propio de esta figura, siendo atípica la conducta. Si no es así habría que decir, desde el punto de vista de ese bien jurídico, en qué ha variado el aspecto de la parcela antes y después de la orden de paralización, teniendo presente que sólo se da por acreditado que sólo se hizo la cubierta. Sin que ello no quiera decir que se trate de conductas que no merezcan reproche, pero no desde el derecho penal y por el delito del art. 319 CP 1995, estando aquél presidido por el principio de intervención mínima. Los perjuicios causados pueden ser subsanados, pues la administración competente tiene a su disposición medios para ello”. AP Córdoba Secc. 1.ª S 26 Mayo 2005. — rec: 152/2005.

“Debe realizarse la interpretación finalista del delito regulado en el art. 319.2 CP 1995, que protege un bien jurídico que antes sólo se protegía a través de unas normas administrativas, como es la ordenación del territorio, tipificando acciones que perjudican gravemente la idónea regulación del suelo, con efectos perturbadores y nocivos para la naturaleza e incluso para la función social que cumple la propiedad. El acusado, en el caso, promovió y construyó una vivienda unifamiliar en suelo no urbanizable común, infringiendo las condiciones de ocupación de parcela mínima, conforme a la normativa vigente no susceptible de legalización, y esta conducta no mereció sanción penal, por entender el juzgador de instancia que su

legalización podría ser posible en el futuro, si cambiaba la legislación. Pues bien, este argumento es inconsistente, ya que la concurrencia de los elementos del tipo han de referirse al momento de la construcción, pues efectivamente la justicia penal ha de partir de la calificación que surge de la aplicación de la normativa vigente cuando se realizaron los hechos constitutivos del ilícito penal, y según manifestó el perito para poder llevar a cabo la legalización de la edificación construida era necesario la modificación del plan general de ordenación urbana. En consecuencia, los hechos deben subsumirse en el precepto citado, debiendo responder como autor del mismo, el acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”. AP Jaén Secc. 1.ª S 14 Jun. 2002. — rec: 27/2002.

“El tipo descrito en el art. 319.1 CP 1995 se refiere a una «construcción no autorizada», expresión ésta más amplia que la de «edificación», recogida en el núm. 2 de dicho artículo, y que puede entenderse como todo acto que signifique una transformación material de los terrenos o del espacio, a diferencia de la empleada por el referido art. 319.2, que equivale a la realizada sin licencia o autorización, o excediéndose de la propiamente concedida. AP Jaén Secc. 1.ª S 4 Sep. 2000— rec: 67/2000 “.

“La expresión «construcción no autorizable en suelo no urbano» contenida en el art. 319.2 CP 1995, que sanciona su ejecución, debe entenderse en el sentido de que por no autorizable se considerará lo que no sólo no está permitido, sino que en el futuro tampoco podrá ser permitido ni autorizado, de tal suerte que debe reservarse el tipo en cuestión, dado además el carácter fragmentario del Derecho penal y el principio de intervención mínima que lo informa, para aquellas infracciones urbanísticas que adolezcan de irregularidad de las que ni siquiera quepa posibilidad de una posterior subsanación, autorización o convalidación, y en el caso de autos, si se atiende a la prueba pericial practicada en el acto del juicio por perito designado judicialmente, no puede afirmarse que la situación de ilegalidad administrativa en que se haya la construcción litigiosa no podrá ser objeto de subsanación posterior TS 2.ª S 13 Jul. 1998.

III. SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. ART. 319.4 CP

El art. 319.4 contiene una regla genérica para todos los supuestos delictivos previstos en ese precepto, siempre que fueran cometidos por una persona jurídica, conminándola con 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.

IV. EL DELITO DE PREVARICACIÓN DEL ART.320 CP

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

El art. 320 contiene una figura delictiva regulada igualmente, en el ámbito de los Delitos relativos al Patrimonio Histórico art. 322 CP y a la protección del Medio Ambiente art. 329 CP. Se trata de una forma especial de prevaricación cuya tipología, aplicada al ámbito urbanístico, ofrece

una doble modalidad delictiva, que legalmente se concreta en dos figuras de contenido distinto, aunque sancionadas con la misma pena. La conducta de prevaricación específica, con la que se reprocha la conducta de autoridades o funcionarios que coadyuven a la lesión del bien jurídico protegido, podemos decir que puede concretarse en tres infracciones:

El delito de emisión de informes favorables a 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. Se trata de un delito especial y de mera actividad, pues para su consumación únicamente se exige la emisión de dichos informes favorables a los actos ilegales descritos en el tipo. Así, la primera de ellas consiste en que la autoridad o funcionario público “haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación, o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes», o que «con motivo de la inspección haya silenciado la infracción de dichas normas u omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio”. Así pues, la normativa vigente afecta tanto a aquella sobre ordenación del territorio, es decir, la que concierne a contenidos espaciales globales, como también a las que afecten al urbanismo en exclusiva, esto es, a un espacio propio de cualquier ciudad, lo que significa que dicho tipo ampara determinadas acciones que pudiendo vulnerar las normas de ordenación territorial no afectan en cambio a las urbanísticas stricto sensu.

Esta infracción constituye una modalidad específica de la figura genérica sobre prevaricación, castigada en el art. 404 CP, a cuya penalidad remite parcialmente y de cuya naturaleza y requisitos participa, ya que, al igual que ella, el art. 320 protege el correcto ejercicio del poder público en el ámbito territorial y urbanístico que en un Estado de Derecho no puede ejercerse de forma arbitraria, y permite afirmar que el contenido del presente delito se materializa en la vulneración de una norma administrativa, concerniente a la materia urbanística, con independencia de que, además, se acompañe de otros menoscabos ulteriores, como pueden ser los que afecten a la racional distribución del espacio o a la calidad de vida de las personas.

Las modalidades de conducta que esta figura delictiva ofrece están técnicamente estructuradas de forma alternativa: de una parte, informar favorablemente la concesión de una licencia contraria a las normas urbanísticas, y, de otra, informar favorablemente un proyecto de edificación. Informar significa suscribir un dictamen en el que se formula un juicio sobre la viabilidad de un asunto en materia de urbanismo, bastando con que el informe en cuestión sea oral, y no necesariamente escrito. Puesto que la conducta típica consiste en “informar favorablemente”, a efectos penales

resulta impune la emisión de un informe negativo o “desfavorable” cuando proceda en Derecho que sea positivo, si bien dicha emisión podría integrar una infracción administrativa o disciplinaria. Además, en la medida en que el art. 320.1 no lo hace de forma expresa, debe entenderse que el “informe favorable” al que alude puede recaer sobre cualquier tipo de licencia, siempre que dicho informe vulnere las normas urbanísticas o de ordenación territorial. Se requiere un acto positivo, normalmente de forma escrita, a través del que el sujeto activo se pronuncia.

La segunda conducta tipificada sería la de silenciar la infracción de las normas de ordenación territorial o urbanística, descubierta mediante la realización de la inspección, o la de omitir la realización de inspecciones de tal contenido, y de carácter obligatorio. Es un delito especial y de mera omisión. En efecto, hay dos modalidades emisivas de comisión del tipo penal: a saber, silenciar con motivo de las inspecciones realizadas la infracción de normas urbanística o de ordenación del territorio, de una parte, y, de otra, omitir la inspección de carácter obligatorio. En consecuencia, y aunque no puede negarse que la cuestión sea de antemano bastante compleja de resolver, siempre que exista un deber legal específico del funcionario de actuar de manera positiva en alguno de esos dos sentidos, y dicho deber se omite, podría entenderse cometido el presente delito en comisión por omisión, dada su evidente posición de garante. Se trata del delito de resolución o voto a favor de la aprobación de esos instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación, o de concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística. Así: La segunda conducta tipificada sería la de silenciar la infracción de las normas de ordenación territorial o urbanística, descubierta mediante la realización de la inspección, o la de omitir la realización de inspecciones de tal contenido, y de carácter obligatorio. Es un delito especial y de mera omisión. En efecto, hay dos modalidades omisivas de comisión del tipo penal: a saber, silenciar con motivo de las inspecciones realizadas la infracción de normas urbanística o de ordenación del territorio, de una parte, y, de otra, omitir la inspección de carácter obligatorio.

El art. 320.2 regula una segunda forma especial de prevaricación funcional, sancionada con idéntica pena que la prevista por el art. 320.1 para el supuesto delictivo anterior. La conducta típica consiste en “resolver o votar a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento”, así como de cualquier otro de los proyectos o concesión de licencias, previstos en el apartado 1 del citado precepto, siempre que la autoridad o el funcionario actúen por sí mismos o como miembros de un organismo colegiado y a sabiendas de su injusticia. Así pues, puede entenderse que las hipótesis en las que el agente se abstenga, vote en contra o en blanco, serán impunes, a no ser que se

trate de una abstención decisiva para lograr la mayoría necesaria, en cuyo caso cabría calificarlo como cooperador necesario.

De hecho, y en lo que a la prevaricación por omisión se refiere, la STS de 17 de julio de 2002 a partir de que el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 30 de junio de 1997 otorgara a los actos presuntos, realizados respecto de determinadas materias y bajo determinadas condiciones, el mismo alcance que si se tratara de una resolución expresa. Del mismo modo la Sección Primera de la AP de Palma, en Sentencia de 20 de julio de 2007 equiparó la realización de la conducta típica de manera positiva, es decir, dictando la resolución, como no respondiendo a peticiones que se le planteen legítimamente y respecto de las que debe existir una resolución, pues ésta también se produce por la negativa a responder; o, lo que es lo mismo, como delito de infracción de un deber, éste queda consumado con la doble modalidad de acción o comisión por omisión a través del “claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad, y por tanto, en arbitraria” .

En relación a los sujetos activos, está claro que nos encontramos en presencia de un delito especial que sólo puede cometerse por autoridad o funcionario público. A efectos penales, la determinación de ambos conceptos debe coincidir con la definición que de ellos ofrece el art. 24 CP así como mantenida por la jurisprudencia del TS: “el que por sí solo o como miembro de alguna corporación tenga mando o ejerza jurisdicción propia. La pena prevista se les impondrá también, de forma conjunta, la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.

Las modalidades de conducta descritas en el art. 320.1 CP solo admiten la comisión dolosa, ya que la autoridad o el funcionario deben haber actuado a sabiendas de su injusticia; expresión legal que parece requerir la concurrencia en ellos de un dolo intensificado, quedando por tanto eliminada la posible comisión mediante el dolo eventual, para algunos autores totalmente inadmisibles desde una perspectiva político-criminal. Concluyendo, no basta con el simple conocimiento de la contravención de las normas de planeamiento, pues en ese caso estaríamos en presencia de una simple infracción administrativa, ya prevista y sancionada por la legislación extra-penal, sino que es necesaria la presencia de un requisito añadido para conformar el dolo: ese plus de ilegalidad. Por tanto, la comisión imprudente y mediante dolo eventual de estas conductas entrarían de lleno en la vía administrativa a efectos de su correspondiente sanción.

Por otra parte, de los tipos del artículo 320 CP solo responden las autoridades y funcionarios, en los términos expresados en el artículo 24 CP. Respecto a los delitos específicos de prevaricación al ser de mera actividad, admiten como formas punibles la tentativa inacabada y la consumación. El tercer tipo indicado es un tipo de mera omisión, que no plantea formulas imperfectas.

Finalmente, una breve alusión a la posible estimación de la atenuante de dilaciones indebidas (art. 11.6 CP ha sido admitida jurisprudencialmente, siguiendo el criterio interpretativo del TEDH acerca del art. 6 el Convenio para la Protección de Derechos Humanos, y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona “el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable”, ha admitido en ocasiones esta atenuante de la responsabilidad. Precisamente, como cualificada la apreció la SAP de Madrid de 23 de marzo de 2012 al rebajar en un grado la pena impuesta al alcalde, al aparejador y al concejal de un determinado Ayuntamiento, condenados los tres por un delito continuado de prevaricación urbanística en comisión por omisión , quedando determinada dicha continuidad desde el instante en que, en dos momentos diferentes y para dos urbanizaciones distintas también, los sujetos emitieron sendos informes favorables, a sabiendas de que los proyectos vulneraban las normas urbanísticas vigentes.

Ahora bien, esta misma Sentencia, apelando a otra del TS, de fecha anterior, la 755/2007, señala que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que, por tanto, sea necesaria en todo caso recurrir al Derecho penal cuya aplicación quedará de esta forma restringida a los casos más graves. Por ello, insiste dicha STS no son identificables en términos absolutos los conceptos de “nulidad de pleno derecho” y de “prevaricación”, pues la jurisprudencia del alto Tribunal ya ha señalado en otras ocasiones que el delito de prevaricación, cuya esencia radica en la utilización arbitraria del poder, se comete cuando la resolución arbitraria adoptada por el funcionario o la autoridad respecto de un asunto administrativo no encuentre apoyo posible en ninguna interpretación razonable del Derecho aplicable, ya que, en ese caso, la resolución no constituye en realidad una auténtica aplicación del Derecho sino únicamente una imposición de la voluntad del autor, convertida de esta forma en aparente fuente de normatividad.

V. BIBLIOGRAFÍA

Constitución Española

Código Penal de 1995.

Ley 5/2010, de reforma del CP

Ley 1/2015, de 31 de marzo, de reforma del CP.

VERCHER NOGUERA, A., El esquema y estructura de la nueva especialidad de urbanismo y medio ambiente en el seno del Ministerio Público, Revista La Ley Penal, 38, Sección Estudios. Mayo 2007.

DÍAZ MANZANERA, J.L., El delito urbanístico en la jurisprudencia reciente, La Ley Penal, 50, Sección Informe de Jurisprudencia, Junio 2008.

LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), Delitos y Faltas. La parte especial de Derecho Penal, Madrid, Colex, 2012.

CARMONA SALGADO, C., Tratamiento penal de la ordenación del territorio y el urbanismo tras la reforma de 2010. Fracaso del control preventivo administrativo y corrupción urbanística, La Ley Penal, 103, Sección Legislación aplicada a la práctica, Julio-Agosto 2013.

— Delitos urbanísticos, La Ley Penal, 38, Sección Monografías Jurisprudencia. Mayo. Madrid 2007.

DELGADO GIL, A, Delitos urbanísticos y contra el medio ambiente, Manual de la UDIMA, Madrid 2014.

Memento Penal 2015. Francisc Lefebre.