

---

# Qüestions pràctiques en l'ordre penal sobre els delictes contra l'ordenació del territori

Daniel de Alfonso Laso

Magistrat de la Sala Penal de l'Audiència Provincial de Barcelona.

Professor associat de la UAB i de la UOC

- 1. Qüestions generals**
- 2. El *non bis in idem* en els delictes urbanístics**
- 3. L'operància o la inoperància del mecanisme de la qüestió prejudicial**
- 4. L'article 319 núm. 1 del Codi penal**
  - 4.1. Construcció *versus* edificació i urbanització?
  - 4.2. Cal que la construcció o l'edificació o la urbanització estiguin acabades per entendre comès el delicte?
  - 4.3. Què ha d'entendre's per no autoritzables?
  - 4.4. Vials, zones verdes i béns de domini públic
  - 4.5. Autoria i participació
  - 4.6. Formes imperfectes
  - 4.7. La curiositat de la prescripció
  - 4.8. Problemes concursals
- 5. El paràgraf segon de l'article 319**
  - 5.1. Consideracions prèvies necessàries
  - 5.2. Problemes en relació amb el núm. 1 de l'article 319
  - 5.3. El problema de les legalitzacions
- 6. El paràgraf 3r de l'article 319**
- 7. El paràgraf primer de l'article 320 del Codi penal**
  - 7.1. El perquè del càstig de l'informe previ a l'autorització o a la llicència si ja existia l'article 404
  - 7.2. Pot integrar el delicte un informe desfavorable però injust?
  - 7.3. Pot integrar el delicte un informe que no és vinculant?
  - 7.4. Tot i que no sigui vinculant, n'hi haurà prou amb l'emissió de l'informe injust favorable, o caldrà a més que es concedeixi la llicència prenent com a base l'informe esmentat?
  - 7.5. El particular beneficiat per una llicència injusta, és responsable?
  - 7.6. Estem davant d'un concurs de normes entre l'article 320 i l'article 404?
  - 7.7. Relació entre l'article 320 i l'article 319
  - 7.8. El problema de la passivitat administrativa
- 8. El paràgraf segon de l'article 320**
  - 8.1. És possible la comissió d'aquest tipus sense l'emissió del vot favorable?
  - 8.2. Es requerirà a efectes de consumació d'aquest delicte que s'hagi dut a terme la construcció a què es refereix la concessió; o almenys sense que s'hagi dictat la resolució administrativa concedint la llicència il·legal?

## Resum

Han passat ja 15 anys des de l'entrada en vigor de la regulació dels delictes urbanístics en el Codi penal, i n'hi ha prou amb una mirada ràpida de les estadístiques judicials per veure que el nombre d'assumpes en aquest camp és molt baix, el que podria portar a la idea equivocada que ha estat gràcies al Codi penal el perquè que les conductes que s'hi descriuen com a delictes no s'han produït a penes. Res més lluny de la realitat. Els problemes que aquests delictes presenten són molts i molt variats. I potser sigui causa d'aquest absentisme de sentències en la matèria el que tals problemes no s'hagin encertat a resoldre. En aquest treball s'exposaran i analitzaran els problemes tècnics-jurídics que aquests tipus penals presenten. I al mateix temps es donarà resposta, també tècnica-jurídica, a ells. Així doncs, som davant d'un treball consciencios i fonamentalment pràctic, que ens ajudarà a comprendre i entendre la complexitat de l'urbanisme des d'una perspectiva penal.

Paraules clau: *ordenació del territori; urbanisme; prevaricació urbanística; construcció; edificació; llicència; obra.*

## Abstract

*15 years have been elapsed since the entrance into force of town planning crimes. A quick look to judicial statistics is enough to see that the number of cases in this field is very low and, therefore, it would be easy to conclude wrongly that thanks to the Criminal Code this kind of crimes barely occur. This is not true. There are very and different problems related to these crimes. It is possible that the cause of the lack of judgments in this field would be the irresolution of these problems. This article describes and analyzes the technical and legal problems of these crimes and, at the same time, it responses in technical and legal terms to them. Therefore, this article examines carefully and from a practical standpoint this matter with the aim to better understand the complexity of town planning from a criminal law standpoint.*

*Keywords:* town planning; town planning corruption; building; licenses.

Per realitzar una anàlisi conscienciosa i eficaç dels tipus penals recollits als articles 319 i següents, cal tenir presents els mateixos en tot moment.

I per a això es fa necessari començar portant el text del que aquests articles disposen en el nostre Codi penal, després de la reforma operada per la Llei orgànica 5/2010, que va entrar en vigor el passat dia 23 de desembre de 2010.

**Article 319:**<sup>1</sup> **1–** *“Se impondrán las penas de prisión de 6 meses (1 año y 6 meses) a 3 años (4 años), multa de 12 a 24 meses (salvo que el beneficio obtenido 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 6 meses a 3 años (1 a 4 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 6 meses a 2 años (de 1 a 3 años), multa de 12 a 24 meses (salvo que el beneficio obtenido 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 6 meses a 3 años (1 a 4 años), a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo*

1. En negreta i entre parèntesi apareix el text tal com queda després de la reforma operada per la Llei orgànica 5/2010.

una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable (**obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en 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 hubieran podido experimentar**)."

4- "(En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de multa de 1 a 3 años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.

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

**Artículo 320: 1-** "La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente (**instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación**) proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes (**o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio**), será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de 6 meses a 2 años (**1 año y 6 meses a 4 años**) o (**y**) la de multa de 12 a 24 meses."

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

**Artículo 404:** "A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una re-

solución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 7 a 10 años."

El primer que ha de cridar-nos l'atenció és l'absència (inexplicable) de la comissió del delictes per imprudència greu. Sobretot si tenim en compte que en els delictes concrets contra el medi ambient (article 331) que tenen una estructura gairebé idèntica a aquests, sí que es recull la modalitat de comissió per imprudència greu.

## 1. Qüestions generals

Com assenyalava abans, d'una primera lectura dels articles ressenyats, *a priori* es pot trobar en falta la comissió imprudent d'aquests delictes, però el cert i veritat és que, a diferència del que succeeix amb els delictes mediambientals (que a l'article 331 es castiga la comissió per conducta imprudent), en aquests tipus no s'ha tipificat la comissió per imprudència, per la qual cosa la mateixa és atípica i impune.

No descobreixo res quan dic que el tema de l'urbanisme és per la seva essència matèria pròpia del Dret Administratiu. Des del mateix moment en què van néixer els anomenats delictes urbanístics es va incorporar al Dret Penal un nou camp abonat de preocupació, que obliga a preguntar-nos pels aspectes previs d'índole políticocriminal.

Han passat ja 15 anys des de l'entrada en vigor de la regulació dels delictes urbanístics en el Codi penal, i n'hi ha prou amb una mirada ràpida de les estadístiques judicials per veure que el nombre d'assumptes en aquest camp és molt baix, la qual cosa podria portar a la idea equivocada que gràcies al Codi penal les conductes que allà es descriuen com a delictes no s'han produït a penes.

Seria més encertat pensar o, millor, indagar, i preguntar-nos pels problemes del Dret Penal que puguin portar a aquesta baixa eficàcia de les seves disposicions.

Certament, la falta de respecte per la idea d'ordenació urbana és una cosa en la qual poden coincidir tant el constructor desaprensiu com la persona oportunista, que menysprea els altres i que pensa que al seu terreny pot fer el que li vingui de gust; o fins i tot també el desesperat que acudeix a la via de fet per resoldre la seva necessitat d'habitatge amb una construcció irregular i pobre. Però d'això no s'ha de derivar

que de forma general la societat repudia l'aplicació del Dret Penal en matèria d'urbanisme. En efecte, és fàcil imaginar que precisament la mateixa persona que realitza una obra abusiva –per exemple– confia al seu torn que cap altra persona no faci el mateix i li tapi les seves boniques vistes, que es dividin des de la seva construcció il·legal.

De l'anterior s'infereix una dificultat consistent a poder coordinar la disciplina dels delictes urbanístics amb la frontera en l'àmbit del Dret Administratiu sancionador, ja que el legislador ha utilitzat una tècnica amb repeticions gairebé literals de la descripció de les conductes.

Per això és comprensible la crítica que molts autors fan, manifestant que el Dret Penal als seus articles 319 i 320 envaeix el Dret Administratiu, i criminalitza conductes que no passen de ser mers il·lícits administratius.

No obstant l'anterior, i precisament per això, alguns autors han arribat a entendre que també sembla obligat reconèixer que d'una primera simple lectura dels dos preceptes del Codi penal es pot contreure la percepció que el legislador ha volgut protegir sobretot els sòls en els quals, almenys en teoria, mai no seria possible la construcció (així, a l'article 319), afegint una especial qualificació quan es tracta d'un espai natural protegit.

En qualsevol cas, la protecció dels béns jurídics que es preveu als articles 319 i 320 del Codi penal deriva de l'article 47 de la Constitució, que encomana al legislador establir les normes pertinents *"para la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación"*.

La protecció d'aquests béns habitualment es realitza a través de l'ordenament administratiu, si bé les conductes de major gravetat seran objecte de sanció per la via del Dret Penal. Ara bé, mentre que la legislació penal és competència exclusiva de l'Estat, així s'infereix de l'article 149 núm. 6 de la Constitució, pel que es refereix a l'ordenació administrativa d'aquestes matèries, les comunitats autònomes tenen les competències que els atribueix l'article 148 de la Constitució, el que, unit a les competències municipals i de la Unió Europea, determina l'existència d'un entramat normatiu complex i de vegades contradictori.

En concret, les competències en matèria d'urbanisme i d'ordenació del territori corresponen a les comunitats autònomes i als municipis, com es reconeix en la Llei 6/1998, de 13 d'abril, sobre règim del sòl i

valoracions, publicada arran de la Sentència del Tribunal Constitucional 61/97, de 20 de març. No obstant això, continuen vigents el text refós de la Llei sobre règim del sòl i ordenació urbana del 1992, i el Reglament de disciplina urbanística del 1978. Si bé, recentment, el maig de 2007, s'ha aprovat i publicat una nova Llei del sòl, que ha deixat sense efecte l'anterior, del 1998.

## 2. El *non bis in idem* en els delictes urbanístics

### (La seva influència i l'escassa aplicació del Dret Penal en aquest àmbit delictiu)

El plantejament teòric de la qüestió és simple, i així ha estat ratificat pel Tribunal Constitucional: el fet castigat per un Tribunal no pot posteriorment ésser sancionat per l'Administració; si es produeix identitat de fet i de persona responsable, no és possible dedicar dos càstigs (penal i administratiu) sobre un mateix subjecte, ni alhora, ni successivament.

Qüestió diferent és la conseqüència que ha de tenir la sanció administrativa imposada per un fet sobre el qual posteriorment recau la jurisdicció dels tribunals penals. Certament, seria inacceptable que l'aplicació del Codi penal es pogués qüestionar, per la qual cosa caldrà concloure que en res no es pot ni s'ha de tancar el pas a l'actuació jurisdiccional si els fets tenen els caràcters del delictes.

Finalment també podria succeir que la jurisdicció penal reconegués l'existència del fet i reconegués la relació de l'autor amb aquest fet, però, al mateix temps, pogués estimar que no es presenten els elements exigibles penalment per apreciar un delictes. En aquests casos, la posició de l'Administració, que en teoria pot sancionar "subsidiàriament", no és senzilla, llevat que es digui que per a la part repressiva que correspon a l'Administració no compten ni l'absència de dol o de culpa, ni l'error invencible, per exemple.

## 3. L'operància o la inoperància del mecanisme de la qüestió prejudicial

La prevalença de la jurisdicció penal sobre el procediment administratiu, que implicaria la suspensió d'aquest fins el moment que es resolgui aquella, podria veure's afectada pel fet de presentar-se causes pre-

judicials administratives que fossin determinants de la imposició de la pena. L'efecte precisament llavors seria el contrari, és a dir, la suspensió del procediment penal fins que el Tribunal Administratiu resolgués.

La qüestió és: pot el jutge penal, als sols efectes penals, comprovar per si mateix la legalitat d'unes obres dutes a terme sense autorització?, o al contrari, haurà de paraitzar el procediment fins que el Tribunal Contenciós Administratiu resolgui la qüestió?

En concret, la qüestió s'ha de plantejar en els següents termes: poden ser considerats aquests supòsits causes prejudicials?

L'article 4 de la Llei d'enjudiciament criminal estableix amb caràcter general la competència dels tribunals encarregats de la justícia penal per resoldre, als sols efectes de la repressió, les qüestions civils i administratives prejudicials proposades amb motiu dels fets perseguits, quan tals qüestions apareguin tan íntimament lligades al fet punible que sigui racionalment impossible la seva separació. La regla general serà, per tant, que la qüestió prejudicial sigui resolta pel jutge penal, si bé als sols efectes de la repressió, és a dir, sense que generi efectes de cosa jutjada.

Per a això, l'article 7 de la mateixa Llei d'enjudiciament criminal estableix que el Tribunal es guiarà per les regles del Dret Civil o Administratiu en les qüestions prejudicials que hagi de resoldre. Això significarà que en la resolució de la qüestió prejudicial el jutge penal haurà de resoldre en els supòsits de l'article 319 i 320 del Codi penal, d'acord amb les normes urbanístiques vigents.

No obstant això, l'article 4 citat recull l'excepció a la regla anterior: *"si la cuestión prejudicial fuera determinante de la culpabilidad o la inocencia, el juez de lo penal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquella por quien corresponda"*.

Però clar, el problema és que perquè el Tribunal Contenciós Administratiu es manifesti sobre la qüestió prejudicial, ha d'existir un acte administratiu ferm i recorregut per una de les parts en via jurisdiccional. Si, com succeirà en la majoria dels casos, la qüestió prejudicial radica precisament en el fet que no existeix llicència urbanística, en no existir acte administratiu, l'autoritat que en tot cas hauria d'acudir a auxiliar el jutge penal no pot ser més que la pròpia Administració que hauria d'haver dictat l'acte administratiu.

En virtut d'això, es redueix, sens dubte, l'eficàcia del mecanisme de la qüestió prejudicial, en els delictes relatius a l'ordenació del territori, als supò-

sits en els quals hi hagi un acte administratiu ferm i recorregut en la via de la jurisdicció contenciosa administrativa.

El problema es plantejarà, per tant, al jutge penal, en la mesura que, a falta d'acte administratiu ferm i recorregut, no li serà possible dirigir-se a la jurisdicció contenciosa administrativa perquè es pugui manifestar al respecte. Això suposarà que el jutge penal haurà de buscar altres vies, com per exemple l'existència de pèrits, per portar al procediment penal la informació necessària de l'Administració competent. I això precisament és el que en la majoria de les ocasions podria fer sorgir en els jutges penals el dubte bastant com per decretar el sobreseïment o l'absolució.

## 4. L'article 319 núm. 1 del Codi penal

### 4.1. Construcció versus edificació i urbanització?

La primera qüestió a debatre és què ha d'entendre's per "construcció i què s'entén per edificació". La Llei del sòl no les defineix. Segons el diccionari de la *Real Academia de la Lengua Española*, "construcción" significa: acció i efecte de construir. Per la seva part, "construir" significa: fabricar, fer de nova planta una obra d'arquitectura o enginyeria, monument, o en general qualsevol obra pública.

Si llegim amb deteniment la reforma de l'article 319, ens adonem que s'han introduït, a més de la construcció, altres termes dels quals abans no es parlava, tals com edificació, planejament urbanístic, parcel·lació o reparcel·lació.

Malgrat això, la interpretació que fins ara es feia d'aquestes absències era que hauria d'entendre's que el terme construcció englobava, per ser més ampli, el d'edificació, però no a la inversa. Per exemple, bé podríem parlar de la construcció d'una autopista, però no de l'edificació de la mateixa. En conseqüència, edificació, etimològicament parlant, seria la part de la construcció encaminada a crear edificis.

I en termes similars ens hi hem de pronunciar en relació amb la construcció i la urbanització.

Encara que la rúbrica del capítol sigui ara: *"delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo"*, la realitat és que l'urbanisme no és sinó l'edificació repetida d'habitatges, i en conseqüència també ha de veure's englobada en el terme general de construcció.



## 4.2. Cal que la construcció o l'edificació o la urbanització estiguin acabades per entendre comès el delictes?

Segons el meu parer no caldrà que una o les altres estiguin finalitzades, sinó que serà suficient que les mateixes estiguin iniciades.

Una altra qüestió serà determinar el grau de realització de la construcció o de l'edificació que cal per entendre-les iniciades a efectes penalment rellevants.

Jo penso que s'ha de requerir alguna cosa més que una simple alteració del terreny natural, ja que, altrament, un simple moviment de terres no autoritzat podria ser considerat delictes. El que, sens dubte, no seria congruent amb el principi d'intervenció mínima (que ja sabem que es troba recollit de manera expressa en la mateixa Exposició de Motius del Codi penal de 1995).

## 4.3. Què ha d'entendre's per no autoritzables?

El Codi penal, abans de la reforma de la Llei orgànica 5/2010, no es referia a no autoritzables, sinó a "no autorizadas". Amb això havíem d'entendre les construccions o edificacions que mancaven de la preceptiva autorització administrativa.

I això podia ocórrer bé perquè la construcció s'hagués efectuat sense haver sol·licitat la corresponent autorització, o bé perquè havent-se sol·licitat la corresponent autorització aquesta hagués estat denegada.

I fins i tot es podrien incloure dins del concepte de "no autorizadas" els supòsits en els quals no es compleix una condició resolutorià que és essencial i ha estat exigida en la llicència: pensem en els casos en els quals s'atorga una llicència, però aquesta ha estat sotmesa a prèvia demolició d'una edificació existent.

I, per últim, també crec que mereixerien la qualificació de "no autorizadas" les construccions que s'excedien de la llicència atorgada.

L'anterior ens conduïa llavors a que bé pogués ocórrer –a la pràctica– que, en el procés penal, s'hagués de dilucidar si la construcció estava emparada en la preceptiva autorització, o inclús a haver de determinar quina fos aquesta. Pensem en el cas d'algú que aporta una autorització, però la mateixa no és suficient o no és exactament la que es necessitava per efectuar la construcció.

En qualsevol cas, la qüestió llavors i fins la reforma era la de si la falta d'autorització havia de suposar necessàriament la comissió o no d'un delictes.

Per la seva part, i referent a això, resulta interessant portar a col·lació la Sentència dictada per l'Audiència Provincial de Castelló de 19 de juny de 2003. A tenor del que en la mateixa es disposa: "*la conducta del artículo 319 resultará atípica cuando la construcción sea autorizable y meramente se hayan omitido los requisitos necesarios para su obtención, si se obtiene con posterioridad al inicio o a la finalización de las obras dicha autorización*".

En aquesta mateixa Sentència se'ns ofereix una perspectiva del delictes que té en compte per a la seva consideració punitiva el bé jurídic tutelat penalment. És a dir, que la Sentència es basa en la dada relativa a si en efecte hi va haver o no hi va haver lesió per al bé jurídic protegit. El cas en qüestió era el següent: a l'ampliació d'un estadi de futbol (de l'equip de futbol del Villarreal), s'havien realitzat unes obres a les cantonades nord i sud, que afectaven inicialment vials i que eren contràries al Pla urbanístic. Això va motivar que inicialment no es concedís la preceptiva llicència d'ampliació de l'estadi. No obstant això, més endavant, es va modificar el Pla general d'urbanisme i –estant ja iniciades les obres– es va atorgar la llicència d'ampliació referida. Si bé, prèviament, es van alliberar espais construïts que van ser destinats a vials, a fi de compensar l'espai total que a aquesta qualitat es dedicava (a vials) en el Pla general d'urbanisme.

Doncs bé, la Sentència assenyala en un principi que "*aun cuando la conducta formalmente devino atípica una vez que se concedieron u otorgaron las preceptivas licencias, ello no obstante (el simple cambio de planeamiento urbanístico) no convierte penalmente en atípica una conducta inicialmente típica. Amén de que ello a su vez podría incurrir en un vicio de legalidad que integraría una desviación de poder anulable conforme al artículo 63 de la Ley de régimen jurídico y procedimiento administrativo común*".

Ara bé, el realment vistós i nou d'aquesta Sentència és que, malgrat el ja dit, du a terme un enfocament del tipus penal des de la perspectiva de l'efectiva lesió del bé jurídic penalment protegit. I en tal sentit, en produir-se l'alliberament d'espais construïts i inclosos ara com a destinats a vials, es va evitar la devaluació i l'alteració de l'hàbitat i del medi ambient urbà; per la qual cosa realment no hi va haver "*ofensa para la ordenación del territorio con relevancia penal*".

Com podem fàcilment apreciar, amb la reforma, en parlar de “no autorizables”, es resol el problema que abans es plantejava, ja que no es requereix que l'autorització hagi estat atorgada, sinó que la mateixa no ho hagués pogut ser mai (“no autorizables”).

#### 4.4. Vials, zones verdes i béns de domini públic

El concepte de vial és un concepte urbanístic. Ara bé, la distinció entre sòl destinat a vials i bé de domini públic és complexa. L'article 339 del Codi civil qualifica els “caminos” com a béns del domini públic. I l'article 81 núm. 2 de la Llei de bases de règim local, estableix que l'aprovació definitiva dels plans d'ordenació urbana produirà automàticament l'alteració de la qualificació dels béns afectats com a públics.

La Sentència del Tribunal Constitucional de març del 97 ha derogat la pràctica totalitat de la Llei del sòl de 1992, de manera que l'Estat no té competències en matèria de planejament urbanístic, la qual cosa, als efectes que aquí ens interessin, suposa que la definició del que s'entengui per “vials” correspondrà al legislador autonòmic.

Quant al concepte de zona verda, també correspon al legislador autonòmic fixar el criteri del mateix. I si no hi hagués regulació autonòmica, actuarà com a legislació supletòria la legislació de l'Estat dictada anteriorment a l'entrada en vigor de la Constitució.

Per béns de domini públic cal entendre tant els que ho són per naturalesa com els que ho són per destinació, això és: ho són per un acte administratiu d'afectació. En l'àmbit penal, per tant, caldrà disposar en el seu cas de la prova de l'acte administratiu de l'afectació esmentada.

Finalment, hem de preguntar-nos si el concepte d'“espai natural protegit” està o no inclòs en el tipus penal de l'article 319 núm. 1, ja que de ser així no s'arriba ara a comprendre quin és el sentit del fet que el nostre legislador l'hagi agreujat de manera expressa a l'article 338, relatiu a les Disposicions Comunes. En aquest precepte s'indica que la pena serà superior si les conductes es duguessin a terme en espais naturals protegits.

Pel que resulta que tan sols és possible entendre que l'espai protegit de l'article 319 núm. 1 sigui tot excepte el natural. Això és, espais de la naturalesa de valor especial, ja que en cas contrari hauria d'enten-

dre's inoperant o bé l'agreujament de l'article 338 o bé la inclusió de l'article 319 núm. 1.

#### 4.5. Autoria i participació

Sembla clar que en el paràgraf primer de l'article 319 la responsabilitat està determinada en els “promotores”, “constructores” o “técnicos directores”.

El primer problema serà determinar si pot ser autor d'aquest delicte el particular que, amb les seves pròpies mans o amb l'ajut dels seus familiars o amics, construeix una casa en sòl no urbanitzable. Aparentment, el particular quedaria fora de l'àmbit dels autors que recull el tipus. Però tal llacuna hauria estat inadmissible, pel que la jurisprudència ha interpretat que “constructor” no és tan sols el professional que s'hi dedica, sinó qualsevol que emprengui una obra.

Així s'ha pronunciat, *mutatis mutandi*, en els delictes contra la seguretat i la higiene en el treball, i en concret en ocasió de l'examen jurisprudencial de l'article 316.

A més, quant a la participació, no existeix cap raó per excloure com a norma el particular que contracta l'obra o el projecte, el qual podrà ser considerat, si s'escau, inductor (quan el constructor conegui de la il·legalitat de la construcció) del fet, si conscientment ha contractat uns paletes perquè realitzin un treball d'edificació. Fins i tot podria succeir que fos només el contractant qui coneix la il·legalitat de l'obra, mentre que els operaris poguessin actuar amb plena ignorància, la qual cosa potser hauria de desplaçar la qualificació des del camp de la inducció al de la responsabilitat mediata.

Un altre problema al respecte de la responsabilitat està determinat per si caben o no en aquest delicte altres formes de participació, com seria la cooperació no necessària, o com la complicitat. Quan em refereixo a cooperació no necessària el que estic fent és distingir la participació de l'autoria, de manera que res no impediria, per exemple, tenir per còmplice el que subministra el material.

#### 4.6. Formes imperfectes

Es poden donar les formes imperfectes d'execució? Segons el meu parer, pot existir l'execució imperfecta inacabada (amb el que això suposa en ordre a la

rebaixa de la pena tan sols en un grau). És difícil imaginar la temptativa acabada. Si es realitzen tots els actes estariem davant de la consumació del delictes. Segons la meua opinió estem davant d'un delictes de resultat. De manera que si s'inicia la construcció i als pocs dies els autors fossin descoberts per l'autoritat administrativa, i se'ls paralitzés l'obra, no hi hauria inconvenient per aplicar la forma imperfecta de temptativa. Ara bé, per això es requerirà que es comenci l'execució de l'obra destinada a la construcció. Sense que s'inclogui la realització d'excavacions prèvies a la fonamentació (tal com abans vam dir en relació amb el moviment de terres); i finalment, a més, seria una conducta que quedaria fora de l'àmbit de la temptativa, per tractar-se d'actes preparatoris impunes (amb el Codi penal de 1995 tan sols seran punibles els actes preparatoris –proposició, provocació i conspiració– quan expressament així es digui en cada tipus penal), la provisió de materials o de maquinària al lloc de la futura construcció il·legal.

#### 4.7. La curiositat de la prescripció

Les conductes descrites a l'article 319 prescriuen, segons l'establert a l'article 131 del Codi penal, als cinc anys. El curiós és que l'article 263 de la Llei del sòl de 1992 estableix que les infraccions greus prescriuran als quatre anys. A més, aquest precepte, si bé la Llei del sòl va ser derogada –com abans hem dit–, ha continuat vigent al llarg dels desenvolupaments autonòmics de la norma administrativa del sòl. De manera que es produeix una discrepància entre la prescripció del delictes i la prescripció de la infracció urbanística.

Ocorre una cosa similar a la que ja va passar amb la reforma de la Llei general tributària i el delictes fiscal de l'article 305. És similar, ja que administrativament l'il·lícit fiscal prescriu als 4 anys, i penalment el delictes prescriu als 5 anys. En tals casos, sóc partidari de perseguir el delictes fiscal penalment, encara que hagués prescrit la via administrativa; si bé no s'hauria d'apreciar en tals casos l'atorgament de la responsabilitat civil. No obstant això, per al delictes fiscal el legislador ha previst de manera expressa, després de la reforma de la Llei orgànica 5/2010, que, encara que estigués prescrita la infracció administrativa, s'exigirà la responsabilitat civil per la via penal. Qüestió que, en canvi, no ha estat abordada pel legislador en relació amb els delictes contra l'ordenació del territori i l'urbanisme.

#### 4.8. Problemes concursals

En relació amb el delictes de desobediència de l'article 556, es podria apreciar un concurs real quan el subjecte requerit per les autoritats per paralitzar l'obra no ho fes. O quan la iniciés una vegada que s'hagués notificat que el projecte mancava dels requisits legals per ser dut a terme.

En relació amb el delictes de falsedat documental, es podrà donar en concurs medial de l'article 319 amb els articles 390 i 392 del Codi penal. I, fins i tot, hi hauria un delictes d'estafa processal si tals documents falsos s'introduïssin en el procés penal amb la intenció d'enganyar el jutgador.

En relació amb els delictes contra el medi ambient de l'article 325, es podria donar un concurs ideal de delictes, ja que existirien atacs a béns jurídics diferents com serien el medi ambient, per una part, i l'ordenació del territori, per una altra.

### 5. El paràgraf segon de l'article 319

#### 5.1. Consideracions prèvies necessàries

La conducta del núm. 2 de l'article 319 és una conducta complexa. Per tal de comprendre la mateixa no n'hi ha prou només amb atendre el verb típic, sinó que a més cal agregar ara el lloc sobre el que aquest objecte es du a terme (sòl no urbanitzable), i finalment, a més, el caràcter no autoritzable de la mateixa.

Doncs bé, podria succeir que es duqués a terme una construcció o una edificació en un sòl classificat com a no urbanitzable, però que, posteriorment a la realització de la conducta delictiva, es procedís per les autoritats competents a la modificació del Pla general d'ordenació urbana, reclassificant l'esmentat sòl en urbanitzable. El problema que es planteja és, per tant, el relatiu a l'aplicació retroactiva de la norma més favorable al reu. Però en relació no només al precepte penal, sinó també a l'element normatiu administratiu del tipus. Ja que la Llei penal no només la constitueix el text de l'article penal, sinó també la normativa extrapenal que contribueix a donar contingut al referit precepte penal.

Ocorre una cosa similar en els delictes contra la seguretat i higiene en el treball, en el quals, en tractar-se de normes penals en blanc que necessiten del seu complement amb normes de rang administratiu,



es troben els elements normatius del tipus incorporats a aquestes últimes. Així, per exemple, l'article 316 indica que *"los que con infracción de las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo..."*.

## 5.2. Problemes en relació amb el núm. 1 de l'article 319

El núm. 2 de l'article 319 suposa dur a terme una *"construcción o una edificación o una obra de urbanización"* *"no autorizable"* en un *"suelo no urbanizable"*.

En primer lloc destaca el tipus que abans restringia la conducta típica: tan sols es castigava l'edificació, i no la construcció ni les obres d'urbanització. En segon lloc aquesta edificació ha de ser *"no autorizable"*, i *"no autorizada"*, com abans també es deia en el paràgraf primer.

Certament, el legislador va encertar, ja que la veritat és que no s'entenia bé per què el legislador havia restringit la conducta típica únicament a les edificacions, perquè el cert és que també en sòl no urbanitzable es poden realitzar, a més d'edificacions, construccions, instal·lacions, urbanitzacions, etc.

Per *"no autorizada"* ja hem vist abans el que s'entén, mentre que *"no autorizable"* suposa una situació, prèvia a la hipotètica sol·licitud d'autorització, que impediria la seva concessió o la possibilitat de legalització posterior.

Crida l'atenció la diferent penalitat que s'estableix en el núm. 1 i en el núm. 2 de l'article 319. Tan sols és possible explicar aquesta diferent pena si s'entén que en el núm. 1 es reprimeixen les conductes transgressores dutes a terme en sòl públic, mentre que en el núm. 2 se sanciona la realització d'edificacions il·legals en sòl privat.

Ara haurem d'examinar què ha d'entendre's per *"no autorizable"*, i en tal sentit resulta interessant plantejar-nos la validesa de les autoritzacions presumptes adquirides per silenci administratiu. En aquest sentit cal tenir en compte que la Llei 30/92 de règim jurídic de l'Administració pública i procediment administratiu comú, en la modificació operada per la Llei 4/99, declara la nul·litat dels actes presumptes contraris a l'ordenament jurídic. I per la seva part la Llei 6/98 estableix que els notaris i registradors de la Propietat exigiran, prèviament a autoritzar i inscriure escriptures públiques d'obra nova, que s'acrediti expressament l'atorgament de les preceptives llicències.

## 5.3. El problema de les legalitzacions (Quan no s'ha dut a terme, òbviament, la modificació del Pla general d'ordenació urbana)

Certament, les legalitzacions només es podran concedir en els supòsits en els quals l'obra s'hagi realitzat en sòl que no sigui absolutament no urbanitzable (de l'article 319 apartat primer), amb la qual cosa queda fora de consideració la possibilitat que la legalització pogués ser equivalent a un indult del delictes d'aquest paràgraf.

Ara bé, per als supòsits del paràgraf segon de l'article 319 (sòl que és absolutament no urbanitzable), es podria preguntar si, una vegada concedida la posterior legalització (òbviament ens estem referint a que això es faci sense la prèvia modificació o adequació del Pla general de desenvolupament urbà) de l'obra inicialment injusta, l'esmentada legalització pogués ser considerada, en el seu cas, suficient i bastant com per integrar al seu torn un presumpte delictes de prevaricació.

## 6. El paràgraf 3r de l'article 319

El paràgraf tercer de l'article 319 estableix que *"en cualquier caso los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo de autor de hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada..."*.

Es comprova, així, que l'adopció de la mesura de demolició no és una conseqüència derivada del delictes. Ans al contrari, s'adopta amb la finalitat de restaurar l'ordre urbanístic vulnerat per la realització de la construcció no autoritzada o de l'edificació no autoritzable. Això significa que només podrà ser adoptat en els supòsits en els quals efectivament es constati que s'ha vulnerat l'ordre urbanístic. En aquest sentit, les sentències de l'Audiència Provincial de Cadis de 5 de febrer i de 14 d'abril de 2004, després de condemnar per un delictes urbanístic, assenyalaven que no era proporcional que s'acordés la demolició d'allò indegudament construït, sense perjudici que així ho pogués acordar l'Administració municipal competent a l'expedient que tenia obert a tal efecte.

L'anterior també s'ha de concloure necessàriament de la lectura detallada de l'article 339, corresponent a les Disposicions Comunes d'aquests delictes, en el qual expressament ja es diu que aquestes mesures cautelars

ho seran per a “la protección de los bienes tutelados en este Título”.

## 7. El paràgraf primer de l'article 320 del Codi penal

### 7.1. El perquè del càstig de l'informe previ a l'autorització o a la llicència si ja existia l'article 404

El problema que realment importa a efectes penals és si l'informe pot o no ser considerat una “*resolució administrativa*” a efectes d'aplicar l'article 404. En concret, respecte dels informes preceptius i vinculants. La resposta necessàriament ha de ser negativa, ja que la resolució implica una declaració de voluntat definitiva, mentre que l'informe serà sempre l'expressió només d'un judici o d'un coneixement que emet qui no té capacitat ni poder de decisió per resoldre sobre l'assumpte. Això suposa que l'emissió de l'informe contrari a Dret no es pugui acceptar com a conducta subsumible en el tipus de la prevaricació administrativa i que, per tant, la seva punició només es pugui establir a partir d'una incriminació expressa, com la de l'article 320 núm. 1.

### 7.2. Pot integrar el delicte un informe desfavorable però injust?

El legislador exigeix que l'informe tingui caràcter favorable, sent atípiques per tant les conductes que, contrariant les normes, suposen l'emissió de l'informe desfavorable en relació amb els projectes d'edificació o amb la concessió de les llicències que se sotmeten a la consideració del mateix. Això és lògic, ja que l'informe desfavorable mai no podrà afectar l'ordenació del territori.

### 7.3. Pot integrar el delicte un informe que no és vinculant?

És indiferent a efectes del tipus penal que l'informe tingui o no caràcter vinculant per a qui hagi de resoldre la sol·licitud de la llicència. Aquest extrem tan sols serà rellevant a efectes de determinar la responsabilitat en què pot incórrer qui partint de l'esmentat informe de-

cideixi sobre la concessió de la llicència i la seva possible empara, en el seu cas, en un possible error de tipus.

### 7.4. Tot i que no sigui vinculant, n'hi haurà prou amb l'emissió de l'informe injust favorable, o caldrà a més que es concedeixi la llicència prenent com a base l'informe esmentat?

Molts autors han dit que es tracta d'un delicte de mera activitat. Això és, que no necessita d'un resultat. O el que és el mateix, que seria igual si es concedeix o no la llicència, ja que això no s'exigeix per part del tipus. Segons aquesta postura seria impossible apreciar la comissió en grau de temptativa.

Segons la meua opinió, tal postura no es podrà mantenir per diverses raons: en primer terme estimo que si no es concedeix la llicència finalment, en tal cas, estaríem davant d'actes preparatoris de caràcter impune, produint-se la consumació del delicte tan sols quan l'esmentada obra s'estigués realitzant partint de la llicència concedida per virtut de l'informe favorable il·legal.

En cas de no considerar-se així, arribaríem a una conclusió que seria absolutament injusta. És a dir, se sancionaria de la mateixa manera, i amb la mateixa pena, l'emissió de l'informe favorable contrari a les normes urbanístiques però que no tingui repercussió en cap actuació posterior lesiva, i l'informe que dóna lloc a la resolució que concedeix finalment la llicència il·legal, que sí que tindria tal repercussió.

A més seria desproporcionat, ja que en la Llei de la funció pública se sanciona l'emissió d'informes il·legals no com falta molt greu, sinó només com falta greu, i tan sols quan a més causin perjudici a l'Administració o als ciutadans (article 7.1).

És a dir, l'emissió d'un informe mai no és més que una falta greu, i per a això es requereix a més el perjudici a l'Administració o als ciutadans. Per això, entendre que l'article 320 sanciona la mera emissió d'un informe sense ulteriors exigències, seria, sens dubte, desproporcionat, ja que s'aniria per la via penal més enllà del que es va per la via administrativa.

### 7.5. El particular beneficiat per una llicència injusta, és responsable?

Considero que si la injustícia de la concessió ha estat fruit d'una relació personal, d'amistat, o de parentiu, o

de qualsevol altre motiu bastard, no serà difícil apreciar una inducció a la prevaricació urbanística per part del particular. Tampoc no hi haurà dificultat en apreciar un concurs amb el delicte de suborn si a més ha existit interès o recompensa del particular cap al funcionari.

No serà tan senzilla en canvi la solució en el supòsit –encara que només imaginable teòricament– que el beneficiat per la llicència desconegués que no l'hi havien d'haver concedit. Si temps després, després de les corresponents impugnacions, és anul·lat l'acte administratiu delictuós, sembla evident que el desconeixement del caràcter delictiu d'aquest acte no pot ser per al particular títol bastant com per transformar aquesta construcció o edificació en lícita, doncs això equivaldria a col·locar l'interès del particular per sobre de l'interès general i del propi Dret Penal. Per tant, el procedent seria, segurament, procedir a la demolició, salvant, això sí, el dret del ciutadà a emprendre les accions legals per funcionament anormal de l'Administració.

Si bé per això caldrà que sigui portat al procediment, doncs no es podrà adoptar cap mesura que el pogués perjudicar si no és sentit amb contradicció en el corresponent procés. Un cas semblant al que ocorre amb els tercers de bona fe adquirents de béns de pertinença aliena i d'origen il·lícit.

### 7.6. Estem davant d'un concurs de normes entre l'article 320 i l'article 404?

La resposta necessàriament ha de ser negativa. En efecte, encara que per part d'alguns autors es parla de "prevaricació urbanística" en relació amb l'article 320, el cert i veritat és que no ens trobem davant d'una autèntica prevaricació, pel que ja hem dit a l'inici de l'estudi d'aquest precepte. Però, en qualsevol cas, qui opinés el contrari hauria d'acudir a l'aplicació de l'article 320 front el 404, per dos motius: en primer extrem per l'agreujament de la pena. I en segon extrem per l'especial protecció que suposa l'article 320, que és especial (protecció de l'ordenació del territori) respecte de l'article 404.

### 7.7. Relació entre l'article 320 i l'article 319

El problema concret és: què succeeix quan el funcionari, havent emès un informe favorable il·legal, dona lloc a l'autorització, també il·legal, d'una construcció

de les contemplades a l'article 319? En aquests supòsits, de no existir l'article 320, no hi ha dubte que el funcionari respondria com a cooperador necessari en el delicte comès pel particular de l'article 319.

Ara bé, com sigui que la sanció al funcionari públic li vindria imposada per la seva concreta conducta, en ser aquesta expressament prevista a l'article 320, el funcionari públic hauria de respondre únicament per aquest il·lícit penal.

### 7.8. El problema de la passivitat administrativa

La realitat del que havia succeït durant aquests últims anys havia posat de manifest que, sense perjudici que s'hagués produït alguna actuació promoguda directament per l'Administració, el més freqüent era que aquests procediments s'iniciessin a causa de la denúncia d'un particular directament perjudicat per la qualificació o la construcció abusiva. Aquestes passivitats després de la formalització de la denúncia haurien de tenir resposta en l'ordre penal.

Anteriorment a la reforma del Codi penal operada per la Llei orgànica 5/2010, no es preveia que el funcionari públic o l'autoritat responguessin per la seva passivitat en aquesta classe de delictes.

No obstant això, a la sanció penal es podria arribar per diferents vies. En efecte, quan l'autoritat administrativa, sia municipal o autonòmica, fa oïdes sordes a qualsevol protesta o denúncia dels ciutadans que exposen la realitat d'una actuació urbanística il·legal, es podria donar el supòsit que preveu l'article 412, paràgraf tercer, del Codi penal com a delicte de denegació d'auxili en què incorre el "*funcionario que requerido por un particular para evitar cualquier otro delito no atiende a ese requerimiento*".

No obstant això, aquesta qualificació xoca amb una interpretació que considera que aquest delicte està presidit per la idea d'"urgència màxima" en la qual es produeix la situació i la sol·licitud d'actuació, per evitar un mal que seria irreversible.

Un altre possible tractament, llavors, d'aquestes "apaties administratives", podríem trobar-lo en el delicte d'omissió de l'haver d'impedir determinats delictes que regula l'article 408 del Codi penal, que castiga "*al funcionario o autoridad que faltando a la obligación de su cargo dejare intencionadamente de promover la persecución de delitos de los que tiene noticia*".

Abans de la reforma de la Llei orgànica 5/2010, tot això era conseqüència del fet que no hi havia en aquests tipus penals un model regulat similar al de l'article 329 (per als delictes contra el medi ambient), on es castiga l'omissió del funcionari públic o autoritat que, encarregat de les tasques i serveis d'inspecció, silencia la informació obtinguda contrària a les normes administratives en la matèria.

Amb la reforma del Codi penal s'ha salvat aquesta llacuna definitivament per als delictes contra l'ordenació del territori.

## 8. El paràgraf segon de l'article 320

### 8.1. És possible la comissió d'aquest tipus sense l'emissió del vot favorable?

L'article 320 del Codi penal no preveu la possibilitat d'omissió; per tant, les abstencions o els vots nuls o en blanc són conductes atípiques, encara que es tingui la certesa que amb tal actitud s'afavoreixi la concessió de llicències contràries a les normes urbanístiques vigents.

Quant a l'abstenció, és obvi que qui s'absté no vota a favor. La llacuna de punició s'intenta salvar considerant que la mateixa (l'abstenció) no ha de ser ampliada equiparant l'abstenció a la impunitat, ja que aquella, l'abstenció, és perfectament compatible amb conductes punibles d'inducció al vot aliè o cooperació en el mateix. Fins i tot pot entendre's que qui havent de votar en contra no ho fa, amb consciència que el sentit de la votació seria per això favorable a la concessió il·legal, reuneix tots els requisits per a l'aplicació de l'article 11 del Codi penal; és a dir, de la comissió per ommissió del delicte.

Així podria entendre's de la lectura de la Sentència del Tribunal Suprem de 19 de desembre de 1994 (dictada en ocasió de l'acord celebrat per una junta de corredors de comerç en la qual es realitza un acte administratiu denegatori d'un dret), que assenyala: "es lógico que todos los que han contribuido con su voto en unidad de acto al acuerdo decisorio respondan personalmente de su contenido y consecuencias".

Doncs bé, malgrat tot això, jo m'inclino per pensar que el legislador, amb la redacció donada al tipus en el Codi penal, ha optat per assumir la mateixa normativa de l'àmbit administratiu. En aquest sentit, l'article 27.4 de la Llei 30/92 de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú

estableix: "cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que en su caso pueda derivarse de los acuerdos".

### 8.2. Es requerirà a efectes de consumació d'aquest delicte que s'hagi dut a terme la construcció a què es refereix la concessió; o almenys sense que s'hagi dictat la resolució administrativa concedint la llicència il·legal?

Dues són les tesis que es poden mantenir.

Per una part, podríem entendre que el tipus penal es consuma en el moment de dictar la resolució o de votar a favor de la concessió de la llicència. En tal sentit, com a mer delicte d'activitat, es consumaria encara que no es duguin a terme les actuacions autoritzades per la llicència. En definitiva, en cas de vot favorable la conducta seria típica encara que la denegació de la concessió ho fos perquè la majoria vota en contra.

D'altra banda, també es podria considerar que no és responsable el qui vota a favor d'atorgar la llicència injusta quan aquesta no resulta concedida per ser major el nombre de vots en contra del seu atorgament, i en conseqüència la mateixa resulta denegada. És a dir, l'acció de votar a favor seria atípica si finalment no s'arriba a concedir la llicència injusta.

Segons la meua opinió, i d'acord amb el tenor literal de la norma, qui resol o vota a favor de la concessió de la llicència il·legal comet el delicte encara que la llicència finalment sigui rebutjada. I això perquè l'article 320 avança la consumació del delicte al moment en què l'informe o el vot favorable posi en perill l'ordenació del territori establerta en les normes urbanístiques. En definitiva, el precepte no exigeix que s'hagi de concedir la llicència urbanística. ■