
La responsabilidad penal de los funcionarios públicos y autoridades en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, y contra el medio ambiente

Antoni Pelegrín López

Fiscal coordinador de la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo de la Fiscalía Provincial de Barcelona

1. Introducción

2. El concepto de autoridad o funcionario público

3. La responsabilidad penal de autoridades y funcionarios públicos en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo

3.1. El informe favorable

3.2. La tolerancia administrativa

3.3. La resolución favorable

4. La responsabilidad penal de autoridades y funcionarios públicos en los delitos contra el medio ambiente

4.1. El informe favorable

4.2. La tolerancia administrativa

4.3. La resolución favorable

4.4. La Administración contaminante

Bibliografía

Resumen

Las Administraciones Públicas están obligadas por la Constitución y las leyes a velar por una utilización racional de los recursos naturales, y a proteger y mejorar nuestra calidad de vida y restaurar el medio ambiente. En este sentido es muy abundante la normativa vigente sobre esta materia, dirigida a dotar a la Administración de medios para cumplir con esta finalidad. El Código Penal prevé determinados delitos destinados a sancionar a las autoridades o funcionarios que de manera intencionada, en la tarea destinada a controlar las actividades que pueden perjudicar el medio ambiente o el uso racional del territorio, realizan determinadas acciones u omisiones. El objeto de este trabajo es hacer un breve análisis de los delitos desde la perspectiva de quien procura su aplicación ante los órganos judiciales, en cumplimiento de sus obligaciones como miembro del Ministerio Fiscal.

Palabras clave: *autoridad y funcionario público; prevaricación urbanística; prevaricación medioambiental; tolerancia administrativa.*

The criminal responsibility of civil servants and public authorities for criminal offences regarding to territorial organization, urbanism and the environment

Abstract

Public Authorities are required by the Constitution and legislation to protect the rational use of natural resources, to improve our quality of life and to restore the environment. The Criminal Code typifies several criminal offenses that punish civil servants and public authorities which intentionally carry out some actions or omissions when they monitor activities that could be harmful to the environment. This article pursues to briefly analyze these criminal offences from the standpoint of a public prosecutor who is in charge of its criminal persecution.

Keywords: civil servant and public authority; prevarication in urbanism; prevarication in the environment protection; administrative tolerance.

1. Introducción

La experiencia ha ido demostrando que la función pública de intervención ha sido particularmente deficiente en el ámbito del urbanismo y de la protección del medio ambiente. Esta es la razón por la que el Código Penal ha ido incorporando delitos que sancionan a las autoridades o funcionarios públicos en relación con determinados supuestos de control irregular o de tolerancia administrativa en aquellas materias.

Por otra parte, y casi paralelamente, dentro de la estructura del Ministerio Fiscal se han creado las secciones especializadas de Medio Ambiente y Urbanismo en cada una de las fiscalías provinciales españolas, al frente de las cuales habrá un fiscal delegado. En este sentido, destaca la Instrucción 4/2007 de la Fiscalía General del Estado relativa al fiscal coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo y las secciones de Medio Ambiente de las fiscalías provinciales. La creación de estas secciones pretende fomentar la especialización del Ministerio Fiscal en estas materias, ya que, en atención a la supuesta preparación e interés de los fiscales que forman parte de dichas secciones, se considera que de esta manera será posible una persecución más eficaz de aquellos delitos. Esta especialización presente en el Ministerio Fiscal no se ha trasladado a los órganos judiciales del ámbito penal.

Precisamente en la Fiscalía Provincial de Barcelona esta Sección, formada actualmente por un fiscal coordinador y dos fiscales especialistas, ha acabado absorbiendo el Servicio o Sección de Delitos Urbanísticos que se creó en el año 2007. La particularidad de ese Servicio consistía en que tenía por objeto la investiga-

ción de los delitos relacionados con el urbanismo de una manera muy amplia, y no se limitaba a los relativos a la ordenación del territorio previstos en los artículos 319 y 320 del Código Penal.

La investigación que lleva a cabo la Sección mencionada se puede iniciar de oficio o bien por denuncia de cualquier persona o entidad pública o privada. También se suele iniciar por la comunicación de los hechos por parte de los cuerpos policiales que tienen conocimiento, y, en este sentido y en materia de ordenación del territorio, es relevante la labor informativa que el Cuerpo de Agentes Rurales proporciona a la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo de la Fiscalía.

A diferencia del procedimiento judicial penal, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal fija un plazo máximo ordinario para la investigación de los delitos por parte del fiscal, y este es de seis meses, sin perjuicio de que se puedan obtener sucesivas prórrogas de seis meses del fiscal general del Estado. Esto, en la práctica, no deja de ser un claro obstáculo para el fiscal que quiere proceder a la investigación de los delitos objeto de esta ponencia, ya que, mientras se pide la información administrativa al organismo pertinente, se recibe esta documentación y se procede a su estudio, ya puede haber pasado ese plazo, si se tiene en cuenta la acumulación de trabajo y la reducida plantilla de aquella Sección.

La finalidad de la investigación del fiscal será la de obtener información sobre si existen indicios racionales suficientes acerca de la existencia de alguna infracción penal, y si hay alguna persona presuntamente responsable de aquella, a fin de formular la pertinente denuncia o querrela ante los órganos judiciales. Esta labor

investigadora en la Sección se lleva a cabo directamente por el fiscal o bien mediante el auxilio de las unidades especializadas en materia de urbanismo o medio ambiente de los cuerpos policiales, como el Área Central de Medio Ambiente del Cuerpo de los Mossos d'Esquadra en Cataluña, la Sección de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil, o la Unidad de Delitos Urbanísticos de la propia Guardia Civil.

En esta ponencia referida a la responsabilidad penal de autoridades y funcionarios, nos limitamos a los delitos que pueden cometer aquellos y que se encuentran dentro del Título XVI del Libro II del Código Penal, denominado: "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente".

2. El concepto de autoridad o funcionario público

Los delitos objeto de comentario exigen que el autor sea autoridad o funcionario público. Este concepto, desde la perspectiva penal, no es coincidente con el de autoridad o funcionario público del derecho administrativo. Nos podremos encontrar con que personas que no tienen ese carácter desde el punto de vista administrativo, tienen esa consideración desde la vertiente penal. Y es que el artículo 24 del Código Penal establece una interpretación auténtica sobre quién debe ser considerado funcionario público o autoridad a los efectos de este texto legal. Dicho artículo establece que:

"1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. [...]

"2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas".

El concepto de autoridad o funcionario para el Código Penal no es, pues, coincidente con el del derecho administrativo. A efectos penales es mucho más amplio, ya que lo define el origen del nombramiento, que debe ser alguna de las vías previstas en el artículo 24, y, por otra parte, que la persona participe en funciones públicas con independencia de la incorporación formal a la Administración Pública o de la temporalidad o permanencia en su cargo (como reconoce reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las SSTS núm. 1292/2000, de 10 de julio, 68/2003, de 27 de

enero, 333/2003, de 28 de febrero, y 663 /2005, de 23 de mayo). Es irrelevante la clase de función pública que se realice. La participación en las funciones públicas puede serlo tanto en las propias del Estado como de las entidades locales o comunidades autónomas, y también de la denominada Administración institucional, que nace cuando una entidad pública adopta una forma independiente, con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un funcionamiento más ágil y eficaz, de forma que cualquier actuación de estas entidades, cuando hay un interés público presidiendo sus actos, se debe considerar que es función pública (así lo expresa la STS de 22 de abril de 2003).

En cuanto al acceso a la función pública para ser considerado funcionario público a efectos penales, no son relevantes ni los requisitos de la elección para el ingreso, ni la categoría, por modesta que pueda ser, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario, ni el sistema de provisión ni la estabilidad o temporalidad del cargo (STS de 4 de diciembre de 2001).

Como dice claramente la STS 1608/2005, de 12 de diciembre, el factor más determinante de la definición de funcionario a efectos penales es el de participación en las funciones públicas. Por esta razón será funcionario para el Código Penal tanto el titular como el interino o el contratado temporalmente, ya que lo que importa es que la persona debe estar al servicio de los entes públicos y que su actividad debe estar sometida al control del derecho administrativo, aunque no tenga las notas de incorporación definitivas ni, por tanto, la permanencia (así, también, STS 1292/2000, de 10 de julio, STS de 4 de diciembre de 2002, y STS 1344/2004, de 23 de diciembre).

El concepto penal de funcionario tiene una doble vertiente. Por un lado, se trata de garantizar la correcta actuación de la función pública, cuando se ve alterada por la realización de delitos por parte de quienes participan en dicha función. Esta sería la consideración del concepto de funcionario como sujeto activo del delito. Por otra parte, ese concepto también es aplicable en los casos en que se trata de actos de particulares que se dirigen contra quienes realizan las funciones públicas, y perturban su funcionamiento normal. Esta sería la consideración del funcionario como sujeto pasivo o víctima de la infracción penal (así, STS 188/2012, de 14 de marzo).

Es bastante habitual que algunos ayuntamientos, ante la vacante de plazas, especialmente de carácter

técnico, con independencia de las presuntas irregularidades en cuanto a la fórmula elegida para la adjudicación pertinente, suscriban contratos denominados de consultoría o arrendamiento de servicios con profesionales o con empresas de profesionales, para llevar a cabo funciones públicas municipales que son habituales. Esto suele ocurrir con el asesoramiento técnico en materia de urbanismo, cuando no está cubierta o no existe ningún interés en cubrir la plaza prevista de arquitecto o arquitecto técnico municipal. Ciertamente, la actividad que presta el arquitecto municipal o arquitecto técnico municipal es una de las habituales y necesarias dentro de la Administración local, debe prestarse de manera continuada, y es necesario que personas físicas concretas la lleven a cabo. Por lo tanto, la naturaleza jurídica del contrato suscrito como de prestación de servicios no impedirá, según la jurisprudencia citada y el contenido del artículo 24 del Código Penal, otorgar el carácter de funcionario público a las personas que realicen de manera efectiva la función pública según este contrato o adjudicación, aunque se haya utilizado previamente la ficción, pantalla o contrato fraudulento de adjudicar la actividad a una persona jurídica como, por ejemplo, una empresa privada de arquitectos. Hay que tener en cuenta que, al emplear este fraude de ley consistente en contratar servicios personales propios de la función pública interponiendo una persona jurídica, muchas veces lo que se pretende realmente también es adjudicar los contratos “externos” a la misma empresa, evitando formalmente y aparentemente la prohibición que todo funcionario tiene de contratar por sí o a través de otros con la propia Administración donde se encuentra prestando sus servicios (Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas).

También podemos encontrar supuestos en que la Administración, para realizar su función pública, encarga a una empresa o a un profesional que emita un informe sobre alguna cuestión específica en materia urbanística o medioambiental, que se acabará incorporando a un expediente y servirá de fundamento a la resolución administrativa que se dictará, como el otorgamiento de una licencia urbanística o ambiental, con las consecuencias que ello tiene. Estos encargos, en ocasiones, los motiva el hecho de que los servicios técnicos de la Administración que han participado en dichos expedientes han emitido los informes preceptivos, de manera objetiva y legal, pero sin ajustarse a los intereses de los responsables públicos, quienes deciden

finalmente celebrar los contratos de asesoramiento técnico o jurídico con terceros. Casualmente estos informes, que podemos denominar “externos”, adjudicados por razón de la cuantía y habitualmente por la vía del contrato menor, suelen satisfacer las pretensiones de los responsables públicos que deciden pedirlos, recordando el conocido dicho que afirma que quien paga manda. Ante esta situación se puede plantear qué consideración, a efectos penales, deben tener las personas “externas” que hacen estos informes, que han sido contratadas por la Administración para hacer los informes que deben utilizarse en un asunto administrativo. Desde el momento en que ha existido una designación para realizar esa actividad pública, aunque sea puntual y por la vía de un contrato, y se participa en la función pública con la emisión de un informe o dictamen solicitado, que se incorporará en un expediente administrativo y que será alguno de los fundamentos de la resolución que se dicte, no hay duda de que quien emite ese informe, en un sentido favorable al otorgamiento de la licencia, contrario al ordenamiento jurídico y con conocimiento de su ilegalidad, tendrá la consideración de funcionario público a efectos penales, según se ha expuesto antes. Ello implicará la posibilidad de incurrir en los delitos de emisión de informes contrarios a derecho previstos en los artículos 320.1 y 329.1 del Código Penal. Este es el criterio que podemos encontrar en la sentencia del Tribunal Supremo 901/12, donde se ratifica la condena a un asesor jurídico externo que emitió un informe favorable injusto, con conocimiento de su injusticia, y que sirvió de fundamento para el otorgamiento de la licencia urbanística.

3. La responsabilidad penal de autoridades y funcionarios públicos en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo

El Código Penal introdujo por primera vez estos delitos a partir del nuevo Código Penal de 1995, y están incluidos dentro del artículo 320. La reforma del Código a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, supuso también la modificación de ese precepto, con la ampliación de los asuntos urbanísticos a informar o a resolver favorablemente, y la inclusión de un nuevo comportamiento consistente en la tolerancia administrativa o la omisión intencionadas ante la infracción urbanística. Los distintos comportamientos delictivos incluidos en este precepto y su redacción, son muy si-

milares a los previstos en el artículo 329, que se refiere a la responsabilidad penal de autoridades y funcionarios en los delitos contra el medio ambiente, por lo que muchas de las reflexiones que se hacen en este apartado serán perfectamente trasladables a este delito, que será comentado más adelante.

Las penas previstas para los delitos son, por una parte, la inhabilitación para empleo o cargo público, que puede ir de siete a diez años, por la remisión que hace el artículo a la prevaricación genérica, donde se prevé esa pena, y, por otra parte, la prisión de un año y seis meses a cuatro años, y la multa de doce a veinticuatro meses. Antes de la reforma del Código Penal de 2010, además de la pena de inhabilitación se prevenían las penas de prisión, que era más baja, ya que iba de seis meses a dos años, y la misma multa pero de manera alternativa. No entendemos demasiado la razón de prever una pena de prisión ostensiblemente superior en este delito respecto del mismo delito en materia de medio ambiente del artículo 329. Posiblemente el legislador apreció que la actuación administrativa urbanística en el territorio español era más preocupante que la relativa al medio ambiente, y por ello estableció esta diferencia, pensando que quizás con una mayor pena privativa de libertad a partir de la reforma alguien se lo pensaría dos veces antes de actuar de esa manera.

En este delito, a diferencia del artículo 319, que sanciona a los particulares que realizan construcciones no autorizadas limitando las conductas a determinados 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 que por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección, o bien el suelo no urbanizable), el artículo 320 protege todo tipo de suelos, sea cual sea su clasificación o calificación, porque hace referencia genérica a todo tipo de instrumentos de planeamiento y gestión y cualquier licencia urbanística.

Las investigaciones penales abiertas en relación con las edificaciones o construcciones denunciadas por particulares, o descubiertas por los agentes de los distintos cuerpos policiales, llevan a veces a la sorpresa esperada de que la Administración local ha llegado a amparar aquellos actos a través de una licencia contraria al ordenamiento jurídico, o bien de que conoce los actos y no ha hecho absolutamente nada. A tal efecto, se otorgan licencias que no tienen nada que ver con lo que realmente se quería hacer desde un principio por el promotor, como la recurrente salida de solicitar y ob-

tener licencia para hacer una edificación agrícola en suelo no urbanizable, presuntamente destinada a guardar herramientas agrícolas, cuando finalmente se construye una clara edificación residencial. Otras posibilidades son las naves agrícolas destinadas a un uso agrícola inexistente o ficticio, empleado también como simple excusa para amparar la construcción de una vivienda en suelo no urbanizable. Tampoco es raro encontrar licencias municipales de obra para hacer edificaciones destinadas a vivienda en ese suelo, sin seguir los conocidos y preceptivos trámites de información pública y de informe vinculante de la Comisión Territorial de Urbanismo. Podríamos poner muchos más ejemplos, y deberíamos añadir que en muchas ocasiones la Administración local, una vez hechas las obras por quien se ampara en estas licencias ilegales, no le suele poner después obstáculo alguno dirigido a restablecer la legalidad urbanística, hasta que se investigan los hechos penalmente, que suele ser cuando las cosas cambian y de la omisión administrativa pasamos a la acción, aunque solo sea aparente. Esta experiencia investigadora nos lleva a la conclusión de que este delito tiene una razón de ser. El legislador ha decidido incluir estos comportamientos porque en el urbanismo, al igual que en materia de protección del medio ambiente, la Administración no actúa correctamente en muchas ocasiones, haciéndolo de manera deliberada y poniendo en riesgo los valores protegidos por estos delitos en beneficio de intereses particulares.

Dividiremos las infracciones contenidas en este precepto en tres apartados: el informe favorable, la tolerancia administrativa y la resolución favorable.

3.1. El informe favorable

El artículo 320 del Código Penal sanciona:

“La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, [...]”

Se parte de la base evidente de que para aprobar estos instrumentos urbanísticos u otorgar estas licencias existe un procedimiento administrativo a seguir, al que se incorporan informes de carácter técnico y jurídico con carácter previo a la resolución del expediente. La resolución final viene precedida por la documenta-

ción y los informes de personas que participan en la función pública y que velan por los intereses públicos y generales en aquella actuación, teóricamente con plena objetividad y respeto al ordenamiento jurídico, tal y como exige la Constitución. La documentación y los informes servirán de fundamento de la resolución final que se dictará, y la normativa administrativa establece cuáles deben ser, de manera que todo expediente los deberá incorporar.

En este sentido, el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña de 2010, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, y su Reglamento, aprobado por el Decreto 305/2006, de 18 de julio, son un ejemplo claro de lo que estamos diciendo. Las resoluciones favorables a la transformación o *statu quo* en materia de urbanismo, como ocurre también en materia medioambiental, al suponer una alteración o modificación de los bienes jurídicos ordenación del territorio o medio ambiente, necesitan una fase de reflexión previa al otorgamiento de la licencia o instrumento urbanístico que puede implicar aquellas transformaciones del entorno, reflexiones estas que deben hacerse con un estudio cuidadoso y tranquilo de la propuesta a aprobar, tanto desde un punto de vista técnico como jurídico. La importancia de estos informes y su trascendencia cuando son favorables, al ser fundamento del dictado de la resolución final o de las resoluciones de trámite relevantes que pueden poner en peligro el respeto a la ordenación del territorio o el urbanismo, han supuesto la inclusión de este tipo penal. La experiencia nos demuestra que la autoridad o el político dictará la resolución en forma de licencia favorable o aprobación de un instrumento urbanístico de los que cita aquel precepto, y se amparará en el previo informe favorable jurídico o técnico para justificar su decisión favorable a realizar una determinada actuación urbanística considerada ilegal en una investigación penal. Quien resuelve, individual o colegiadamente, alegará no ser técnico en la materia, y que se ha limitado a cumplir con lo que han informado antes quienes entienden, los técnicos, y como estos han informado de forma favorable, ha tomado la decisión en ese sentido.

Por tanto, la importancia del informe es tan decisiva en estos procedimientos que ello ha determinado la inclusión de la conducta delictiva relativa al informe favorable, que también aparece, como se comentará, en los delitos contra el medio ambiente del artículo 329.1 del Código Penal. Una previsión idéntica puede verse en el artículo 322.1 del Código Penal en materia de

delitos sobre el patrimonio histórico. Curiosamente no aparece esta previsión en otros ámbitos de la actividad administrativa donde también se requieren informes para resolver, lo cual es indicativo de que algo no se hace bien en materia urbanística y medioambiental, y el legislador pretende corregirlo con la inclusión de estas conductas en el Código Penal.

Como se ha indicado, el informe emitido por la autoridad o funcionario público debe ser favorable a la aprobación de los instrumentos urbanísticos de planeamiento o gestión que se mencionan, o al otorgamiento de la licencia urbanística. En un primer momento, el Código Penal de 1995 en ese delito solo hacía referencia a informar favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes, y la reforma de 2010 añadió los informes favorables de los instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación o construcción.

En cambio, el informe desfavorable, aunque se den el resto de requisitos de tipo penal, al ser contrario a la aprobación de los instrumentos o al otorgamiento de las licencias que suponen una alteración del territorio, de los usos del suelo, o que suponen un paso previo a que ello se produzca en un futuro, no es constitutivo de este delito. Pese a que el desfavorable sea un informe manifiestamente ilegal, no se habrá producido la conducta exigida por este delito, porque no implica un paso favorable a que la Administración ampare una posible transformación urbanística. Si el informe es la base o el fundamento de una resolución manifiestamente injusta dictada por la persona o el órgano competente, ya que estos se basarán en este informe, se podría plantear si quien ha informado de esta manera ha podido cometer el delito genérico de prevaricación del artículo 404, como inductor o como autor mediato.

El precepto penal pide que, además, el informe favorable se haga "a sabiendas de su injusticia". Por lo tanto, la autoridad o funcionario público que hace el informe debe saber que su dictamen no respeta el ordenamiento jurídico, que se aparta de este de manera evidente. La infracción puede ser tanto de la normativa urbanística relativa al procedimiento legal preceptivo a seguir para el otorgamiento de la licencia o la aprobación del instrumento urbanístico, como de los fondos y requisitos de carácter material exigidos para poder informarlos de manera favorable, o de la competencia para resolver, como destaca por ejemplo la STS 663/05, de 23 de mayo. Se trata de un delito doloso, por lo que la actuación imprudente, aunque sea grave, es impu-

ne. No debe ser un informe cuestionable jurídica o técnicamente, sino que debe ser claramente contrario a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes, y ello debe saberlo claramente quien informe (así, STS 363/06, de 28 de marzo). Ahora bien, para hacer esta valoración sobre el conocimiento de la ilegalidad en el momento de los hechos por parte de la autoridad o funcionario público autor del informe favorable, el juez penal no puede basarse en sus conocimientos sobre la materia en el momento de hacer el juicio, ya que muy probablemente para él será la primera vez que se le plantea esta cuestión urbanística, y, dada su falta de especialización en la materia, puede llegar a considerar fácilmente que quien informó no actuó de manera inepta o claramente contraria al ordenamiento urbanístico, sino que simplemente se equivocó, cuando en materia urbanística hay muchas cuestiones que no tienen discusión y que son pacíficas y evidentes para quien trabaja regularmente en ese ámbito. Puede pensarse, por ejemplo, en los pasos previos y preceptivos para el otorgamiento de licencias de construcciones de carácter residencial en suelo no urbanizable, que son obviados descaradamente, porque existe un informe favorable a que el Ayuntamiento las otorgue directamente, y lo mismo puede decirse respecto de licencias de obras o usos provisionales.

También es posible encontrar supuestos en los que se considera que por parte del funcionario no se ha cometido el delito en la forma dolosa exigida, pero se ha emitido un informe a favor de manera muy negligente, llegando a afirmar quien juzga que el funcionario debería haber leído el precepto aplicable y no lo hizo, o que se fió de otra persona y directamente emitió el informe favorable. Todo ello para terminar absolviendo a la persona imputada por falta de intencionalidad. Respecto de estos argumentos es necesario decir que la manera de actuar de quien, en el momento de hacer el informe, actúa con voluntad de no estudiar seriamente la cuestión planteada, y se pone ya de manera intencionada en una situación de ignorancia deliberada, para hacer un informe favorable, equivale a la de quien informa de manera intencionada y con conocimiento de causa. El hecho de no acudir a esta solución de la ignorancia deliberada, que poco a poco está aceptando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así, SSTS de 13 de marzo y 10 de noviembre de 2006), en la práctica puede suponer en muchos casos la imposibilidad de la aplicación del tipo penal que ahora se comenta.

En los expedientes administrativos objeto de las investigaciones penales, no es extraño comprobar cómo,

en ocasiones, se otorgan licencias sin existir el procedimiento administrativo oportuno y con la pertinente resolución administrativa, a pesar de ser esta obligatoria en ese caso. En otras ocasiones solo existe un informe de tipo técnico, emitido por el arquitecto técnico o el arquitecto municipal, pero no existe ningún informe jurídico, a pesar de la obligatoriedad de la existencia de los dos, según dispone el artículo 188.3 del texto refundido de la Ley de urbanismo. Al faltar el jurídico, tampoco se encuentra en la mayoría de los casos un informe concreto del secretario municipal, quien normalmente se limita a firmar el Decreto de otorgamiento de la licencia. Todo ello suele ser aprovechado por las personas implicadas a la hora de la investigación penal. Unos dirán que son técnicos que no conocen de cuestiones jurídicas, nada creíble en el caso de arquitectos superiores y técnicos. Otros dirán que simplemente se limitaron a dar fe de la decisión municipal otorgando la licencia, sin comprobar la regularidad del expediente y de los informes, o la falta de los mismos, o la necesidad de cumplir los requisitos obligatorios. En definitiva, se argumentará que existe un cúmulo de irregularidades casuales, sin voluntad de favorecer a nadie. En cuanto al contenido de los informes favorables, este en ocasiones es claramente insuficiente, sin hacer referencia a las normas concretas que amparan esa posición. En ocasiones se llega a faltar a la verdad en los hechos expuestos en el informe, lo que supondrá, cuando se haga de manera consciente, la comisión de un delito de falsedad ideológica del artículo 390.1.4.º del Código Penal, cometido por autoridad o funcionario público.

En muchas ocasiones se detectan indicios serios para pensar que el informe ha sido favorable, de manera contraria a las normas urbanísticas y de ordenación del territorio, por determinadas presiones de los responsables políticos donde se integra el funcionario informante, que muchas veces aprovechan la situación de precariedad que presenta su cargo, provisto en forma de contrato de interinidad o de arrendamiento de servicios. En ocasiones tampoco es comprensible ni sostenible que todos los ayuntamientos tengan unos servicios técnicos municipales en materia urbanística, o que, cuando faltan, tengan que buscar una empresa o un profesional externos a los que se paga por hacer un informe urbanístico en un expediente administrativo. Desde la perspectiva de la prevención penal y la corrección de la actuación administrativa se considera que, desde los consejos comarcales o desde las diputaciones, se podrían solucionar muchos de estos problemas

de irregularidades que conllevan la comisión de estos delitos, disponiendo de profesionales plenamente independientes y desvinculados del centro municipal final de decisión para hacer las labores de informe previo en estos expedientes.

El delito requiere que la infracción voluntaria del ordenamiento jurídico en el informe favorable no sea de cualquier norma administrativa, sino únicamente de las que establece expresamente aquel precepto, que, de conformidad con el principio de legalidad, son las normas de ordenación territorial o las urbanísticas vigentes. Por tanto, si se infringen otras normas diferentes no sería aplicable este precepto concreto.

En Cataluña serán, pues, especialmente relevantes el texto refundido de la Ley de urbanismo, su Reglamento, así como los distintos planes directores territoriales y la normativa urbanística de cada municipio incorporada en los planes generales de ordenación, las normas subsidiarias o las ordenanzas urbanísticas.

En alguna ocasión, una vez abierta la investigación por parte del Ministerio Fiscal o del Juzgado de Instrucción, y conocido este hecho por parte del Ayuntamiento, se inician actuaciones serias destinadas a modificar la normativa urbanística infringida, para que el informe favorable o la licencia contrarios al ordenamiento y objeto de la investigación se conviertan después en ajustados a derecho. Ciertamente entendemos que esto no cambia las cosas, dado que la infracción penal se habrá cometido aunque después se modifique la normativa urbanística expresamente a esos efectos. La normativa a tener en cuenta a la hora de hacer el informe favorable o de dictar la resolución de aprobación del instrumento o de otorgamiento de la licencia, debe ser la vigente en el momento de emitir aquel o de dictar aquella, y nos lo recuerda el mismo precepto cuando expresamente emplea el término “vigentes” a la hora de referirse a las normas de ordenación territorial o urbanística que infringen. El auto del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2013 (rec. 20296/2012), ante la petición de revisión de una sentencia firme por un delito sobre la ordenación del territorio y que acordaba la demolición de una construcción, debido a la intención del Ayuntamiento de proceder a un cambio urbanístico para regularizar la zona donde se encontraba la construcción ilegal a derribar, desestimó la petición de suspender la demolición por la expectativa de la modificación urbanística. En esta resolución, se recuerda que en los delitos sobre la ordenación del territorio se hace referencia a normas y condiciones vigentes y exigibles en el momento en que se lleva a cabo la acción. El

hecho de que posteriormente se modifiquen estas condiciones no afecta a la antijuridicidad de la conducta pasada, ni debe suponer una valoración distinta o más beneficiosa de la misma. Lo que importa es la normativa vigente en el momento de los hechos. Tan solo las modificaciones legislativas que obedezcan a verdaderos cambios valorativos, es decir, cuando el legislador considere que no es necesario seguir protegiendo del mismo modo un determinado bien jurídico, o que un comportamiento determinado ya no es lesivo para el bien jurídico, podrán aplicarse retroactivamente si son favorables. No tienen esta vocación de retroactividad las modificaciones normativas que no afectan al núcleo de lo injusto, sino a otros elementos típicos.

Por otra parte, no es necesario que el informe favorable contrario a las normas y emitido de manera consciente acabe suponiendo el fundamento de una resolución también favorable. Para cometer el delito es suficiente con que la autoridad o funcionario público emita el informe favorable en las condiciones mencionadas, y que este se incorpore al expediente administrativo pertinente para poder producir sus efectos jurídicos. De esta manera queda el delito consumado, sin necesidad de esperar nada más. Se quiere proteger el respeto a la normativa urbanística en la fase de informe y resolución cuando se puede producir con ellos una transformación urbanística contraria a las normas, sin necesidad de que la transformación pretendida e informada o resuelta favorablemente llegue a realizarse.

3.2. La tolerancia administrativa

Este comportamiento delictivo es nuevo, introducido, como se ha indicado, con la reforma del Código Penal del año 2010, y aparece a continuación del de emitir informe favorable en el artículo 320.1, con la siguiente redacción, que prácticamente coincide con la prevista para la tolerancia administrativa en materia medioambiental del artículo 329 del Código Penal:

“La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, [...] con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio [...]”.

Lo que pretenden los legisladores con este nuevo delito es evitar por la vía penal la tan comprobada pasividad de las Administraciones, especialmente de la local, a la hora de promover la restauración de la legalidad urbanística o de incoar los expedientes destina-

dos a sancionar las infracciones urbanísticas cometidas. El propio Tribunal Supremo ya hizo referencia a esta situación en la STS 1127/06, de 27 de noviembre, donde argumenta que la justificación de la razón de ser de los delitos sobre la ordenación del territorio se encuentra en la desastrosa situación a que se ha llegado en el territorio español respecto de esta materia a pesar de la normativa administrativa existente, donde se incluirá la destrucción paisajística.

En este precepto, por una parte se hace referencia a que la autoridad o funcionario competente para perseguir las infracciones urbanísticas debe actuar de manera intencionada, sabiendo que con la omisión o la no persecución del hecho delictivo en que consistirá el silencio de la infracción no está respetando la normativa sobre protección de la legalidad urbanística. Ahora bien, aparte de este aspecto sobre la intencionalidad o el conocimiento por parte de la autoridad o funcionario de que la omisión es injusta, resulta que se describen dos comportamientos de pasividad administrativa posibles: el consistente en silenciar la infracción urbanística a pesar de haber inspeccionado los actos infractores, y el consistente en decidir no hacer las inspecciones para constatar dichas infracciones urbanísticas, lo que también es silenciar, término que el diccionario define como el acto de callar, omitir o pasar en silencio. En todo caso, si se tiene en cuenta que se requiere la intencionalidad de no hacer nada ante la infracción, dada la referencia a la expresión “a sabiendas de su injusticia”, es evidente que quien no actúa teniendo la obligación de hacerlo para cometer este delito deberá saber que tiene ante sí una infracción urbanística y, a pesar de poder hacerlo, no hace nada, que sería el caso de no hacer las inspecciones para determinar el alcance concreto de la infracción y que es el paso a través del cual la Administración constata la realidad de la infracción, o también cuando ha hecho las inspecciones y no se adopta ninguno de los actos destinados a proteger la legalidad urbanística.

El comportamiento consistente en no hacer las inspecciones obligatorias no plantea tantos problemas como el consistente en haber silenciado, término que no parece demasiado adecuado para describir un delito, ya que puede plantear serias dudas sobre cuándo existe realmente dicho silencio a efectos penales. Si silenciar es callar o no hacer nada, entonces se podría entender que no existe delito alguno si simplemente se incoa formalmente un procedimiento sancionador o de restauración de la legalidad urbanística, y no se adopta después decisión alguna seria y eficaz frente a

la infracción. Se podría decir que no ha existido silencio en este caso, porque se ha dictado alguna resolución, como puede ser el acuerdo de incoación mencionado ante la infracción. Sin embargo, a pesar de que en el expediente se ha manifestado la infracción en el caso mencionado y por lo tanto no se ha ocultado formalmente, de hecho ha existido silencio porque no se ha hecho nada, y por lo tanto estaríamos ante el delito si es que no se ha adoptado ninguna resolución eficaz y esto ha sido una decisión intencionada y consciente contraria a derecho, elemento subjetivo que también exige este tipo penal.

El mismo problema se plantea si se ha abierto un procedimiento de restauración de la legalidad y no se ha abierto el sancionador ante la manifiesta infracción urbanística o al revés, y, como a menudo suele ocurrir también en la práctica, se puede llegar al punto de dictarse resoluciones de imposición de la sanción o de declaración de la ilegalidad de los actos urbanísticos contrarios a la normativa, pero que ni la multa ni la efectiva restitución al estado original se ejecuten por la Administración. No habría silencio formal, pero sí silencio a efectos penales, si la falta de actuación final ha sido por una voluntad decidida de no cumplir con las normas de protección de la legalidad urbanística que expresamente establecen qué hacer ante la infracción.

El citado texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña de 2010, en el Título VII, “De la protección de la legalidad urbanística”, regula los medios de que dispone la Administración para cumplir con esa obligación. Como expresa el artículo 199, todas las acciones u omisiones que presuntamente conlleven vulneración de las determinaciones contenidas en el texto refundido, en el planeamiento urbanístico o en las ordenanzas urbanísticas municipales, sujetas a sanción de conformidad con aquella Ley y su Reglamento, deben dar lugar a las actuaciones administrativas necesarias para aclarar los hechos, y subsiguientemente a la incoación de un expediente de protección de la legalidad urbanística. Además, de conformidad con aquel precepto se deja claro que la potestad de protección de la legalidad urbanística es de ejercicio preceptivo, y debe dar lugar a la incoación y tramitación de los procedimientos que tendrán por objeto, conjunta o separadamente, la restauración de la legalidad física alterada y del orden jurídico vulnerado, la imposición de sanciones y la determinación de los daños y perjuicios. La obligación establecida legalmente para la Administración es indiscutible, y no existe margen alguno para la discrecionalidad.

Una vez vistas las exigencias claras y contundentes establecidas en este texto refundido, se podía entender que no existirá silencio penalmente relevante si, al menos, se adopta alguno de esos remedios ante la infracción urbanística constatada por el responsable competente. La experiencia del examen de las diligencias de investigación penales nos ha ilustrado que, en la gran mayoría de los casos, el expediente de protección de la legalidad urbanística, en su vertiente sancionadora o de restauración, se abre cuando los responsables municipales tienen conocimiento de la infracción, ante la petición de información de las presuntas irregularidades por parte de los agentes de la Policía que investigan la presunta infracción urbanística penal, o cuando es el fiscal quien la pide en el marco de las diligencias de investigación. Por tanto, casi no se ha hecho nada en la mayor parte de los casos de investigación de infracciones urbanísticas examinados en la vía penal. Suele haber una total ausencia de actuación destinada a la protección de la legalidad urbanística hasta ese momento. También se observa que, en ocasiones, se han abierto expedientes solo para restaurar la realidad física, pero no existe ningún expediente paralelo destinado a sancionar las infracciones flagrantes y evidentes, que han quedado totalmente impunes sin justificación alguna. A veces se ha abierto aquel pero solo formalmente, porque se han llegado a realizar algunos trámites iniciales y se han dictado resoluciones más o menos contundentes, pero sin emplear la coerción necesaria y casi siempre sin llegar al extremo –legalmente previsto y exigido por la normativa– de proceder a la restitución física, como puede ser el derribo de las construcciones no susceptibles de legalizar y a costa del infractor. Este panorama irregular es el que se presenta también ahora, una vez ha entrado en vigor este nuevo delito de la tolerancia del Código Penal, en el mes de diciembre del año 2010, que es un claro toque de atención para todas las autoridades y funcionarios públicos encargados de la responsabilidad de restaurar la legalidad urbanística.

El texto refundido de la Ley de urbanismo, en su artículo 200, deja claro que el responsable y, por tanto, el obligado a incoar expedientes de protección de la legalidad urbanística es el Ayuntamiento, respecto de las infracciones cometidas en su término municipal. Sin embargo, se prevé que el Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat, a través de su órgano competente (Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo), puede ejercer esta potestad respecto de las presuntas infracciones graves y muy gra-

ves, pero ahora, desde la reforma introducida en 2012, sin hacer referencia a que esto pasaría en los casos de inacción municipal dentro de los diez días siguientes a la comunicación previa, o bien, en casos de urgencia, dentro de los tres días, como ocurría en la redacción derogada. Ante la pasividad municipal, pues, la Ley preveía antes el ejercicio subsidiario de dicha potestad para aquel Departamento. La redacción actual ya no hace referencia a la pasividad como condición de la actuación del órgano de la Generalitat, sino que se remite a las disposiciones de una futura normativa reglamentaria que establecerá las normas de coordinación para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística entre Administraciones, regulación que estará inspirada, según la nueva redacción, por el ejercicio preferente de la potestad por parte de los ayuntamientos, sin perjuicio de que se prevean supuestos en que no sea así, cuando se trate de vulneraciones de la legalidad que afecten al suelo no urbanizable y terrenos reservados a sistemas urbanísticos generales. Por tanto, este régimen futuro puede determinar que, en caso de producirse una pasividad intencionada del órgano de la Generalitat (Dirección General de Territorio y Urbanismo) en las infracciones en que tenga atribuida esa potestad, se podrá cometer el delito de la tolerancia administrativa por parte de sus autoridades o funcionarios, en caso de actuar de conformidad con lo exigido por este delito. La inspección urbanística, de conformidad con el artículo 193 del texto refundido, es una obligación para ese Departamento y para los órganos de la Administración local. El artículo 201 del texto refundido, obliga a comunicar siempre los informes de las inspecciones urbanísticas que hagan los órganos de la Generalitat u otros entes locales a los ayuntamientos de los municipios donde se hayan producido los hechos, y además otorga la condición de autoridad al personal al servicio de las entidades públicas mencionadas, que tienen la obligación de la inspección urbanística, facultándoles para inspeccionar todo tipo de obras e instalaciones y otorgando la presunción de certeza a sus actas de inspección.

En atención a la necesidad de que para cometer el delito los autores actúen intencionadamente y con conocimiento de la injusticia de la no persecución de la infracción o silencio, será necesario de forma evidente que conozcan que la infracción que debe ser objeto de la protección de la legalidad se ha cometido y cuál es su alcance. Por ello se hace referencia a que el silencio debe ser con motivo de las inspecciones. Normalmente este conocimiento puede venir de que los servicios mu-

nicipales o de otro ámbito hayan hecho la inspección correspondiente y hayan dado a esta el curso pertinente, con traslado a la autoridad o funcionario obligados a dar el trámite preceptivo al expediente. En cuanto al delito de tolerancia por no llevar a cabo las inspecciones obligatorias, deberá acreditarse que se conoce la infracción y se decide no constatarla a través de las inspecciones y silenciarla. Este conocimiento se producirá normalmente por la denuncia de cualquier persona exponiendo los hechos, ya que en materia urbanística cualquier persona tiene legitimación para hacerlo, o también por la comunicación de otra Administración. Igualmente es normal que la situación de ilegalidad urbanística pueda ser conocida por el responsable por el hecho de haberla visto, especialmente cuando son manifiestas, como en lugares visibles o municipios no muy grandes.

El Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña (Decreto 305/2006, de 18 de julio) dispone que la sustanciación del proceso penal no impide el mantenimiento de las medidas provisionales ya adoptadas, la adopción de otras medidas provisionales, ni tampoco la adopción y ejecución de las medidas de restauración de la realidad física alterada o del orden jurídico vulnerado que procedan. Por tanto, únicamente procede suspender el procedimiento destinado a sancionar la infracción, pero no el destinado a la restauración, que debe continuar, sin que sea aceptable fundamentar su paralización bajo la excusa de la existencia de un proceso penal, lo que supondría una actuación ilegal e injustificada, indicativa de una omisión voluntaria.

La autoridad o funcionario penalmente responsable, que, como hemos dicho, debe actuar intencionalmente a la hora de silenciar, es evidente que debe tener alguna posición específica que le permita que el procedimiento de la protección de la legalidad urbanística no se inicie, o que una vez puesto en marcha quede en nada o sea simple papel mojado. La investigación penal tendrá precisamente por objeto ver qué personas eran las que tenían la posición de garantes de la correcta tramitación del procedimiento de protección de la legalidad, y comprobar las razones que han motivado que estas hayan decidido no abrirlo, o abrirlo para no hacer nada o para dar la apariencia de que se ha hecho o se está haciendo algo, pero realmente no se quiere restituir ni sancionar nada. Por otra parte, este delito de omisión o de tolerancia se puede manifestar con una acción, como por ejemplo el dictado de una resolución totalmente contraria a derecho que acuerda dar por finalizado el procedimiento de protec-

ción, o alguna de sus alternativas, con el fin de no hacer lo que el texto refundido y su Reglamento indican de manera tan clara. En este caso el dictado de una resolución injusta y arbitraria, destinado a evitar llevar a cabo la protección de la legalidad urbanística, constituiría un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, que estaría en concurso ideal medial del artículo 77 de este Código con el delito de tolerancia administrativa del artículo 320.1 del mismo texto legal.

Como ejemplo de esta posible concurrencia de delitos, y aunque pueda parecer sorprendente, algún Ayuntamiento ha llegado a fundamentar la decisión de dar por finalizado el procedimiento de protección de la legalidad urbanística únicamente en el hecho de que ha tenido conocimiento de que el juez de instrucción había considerado que los mismos hechos, que eran manifiestamente una infracción urbanística al tratarse de una construcción hecha sin licencia municipal y en suelo no urbanizable protegido, no eran constitutivos de delito, y había archivado el asunto judicial penal.

3.3. La resolución favorable

El artículo 320.2 del Código Penal sanciona:

“[...] a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia”.

Si el número 1 de este artículo preveía el informe favorable como paso previo al dictado de la resolución con trascendencia urbanística, ahora se prevé la fase correspondiente al dictado o decisión de la resolución contraria a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes. Se sanciona en ese apartado del artículo 320 una auténtica modalidad de delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, pero referido a las resoluciones y a la normativa relacionadas con el urbanismo, que reúne todos y cada uno de los requisitos de la infracción mencionada. Ahora bien, dado que en este delito de la prevaricación urbanística se afectan o se ponen en peligro dos bienes jurídicos distintos, como son el correcto funcionamiento de la Administración Pública y la protección de la ordenación del territorio como forma de utilización racional de los recursos naturales en beneficio del interés general (como expone la STS 363/06, de 28 de marzo), la penalidad en

este caso, como se ha indicado antes, es mucho más elevada que en el delito de la prevaricación genérica.

Con la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, se ha ampliado el abanico de resoluciones susceptibles de prevaricación urbanística, y es coincidente con las del informe favorable comentado antes. Estas resoluciones, de conformidad con la normativa administrativa, están normalmente precedidas por uno o por varios informes técnicos y jurídicos de carácter preceptivo, que son el soporte o fundamento del dictado de la resolución, aunque no necesariamente deben tener carácter vinculante para quien debe dictarla. Dictar la resolución con conocimiento del hecho de que no se ha solicitado un informe preceptivo y vinculante previo o en contra de este, cuando la normativa urbanística así lo establece, constituiría un delito de prevaricación urbanística. Igualmente lo sería cuando el informe es preceptivo pero no vinculante, pero la resolución se aparta de este cuando es desfavorable y sin motivación alguna, infringiendo la normativa urbanística o sobre la ordenación del territorio sabiéndolo quien resuelve en esas condiciones.

Normalmente quien quiere resolver injustamente en estos casos buscará el apoyo de los informes preceptivos en un sentido favorable, y si la presión sobre las personas encargadas de informar en este sentido y que forman parte de su propia Administración (o de otra) no da resultado, se buscará un informe de los llamados "externos" para dar una justificación del porqué se ha dictado una resolución no amparada en los servicios administrativos. Si el informe encargado no se ajusta al ordenamiento jurídico, parece lógico concluir que se ha hecho a la medida y al gusto del peticionario interesado, que buscaba amparar la resolución en este informe hecho a medida. Consiguientemente, en este caso la intencionalidad o el conocimiento de la injusticia por parte de quien dicta la resolución o vota a su favor será más fácil de acreditar. Sin embargo, en la gran mayoría de los casos que se investigan en el ámbito penal, la resolución manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico está precedida de informes de la propia Administración favorables al dictado de esta resolución. Esto implica que, ante el carácter técnico y jurídico de la materia a resolver y las típicas excusas de ignorancia sobre la materia de los responsables políticos que resuelven, todo el peso de la investigación recaerá directamente sobre los técnicos que han informado favorablemente, al efecto de depurar posibles responsabilidades, de conformidad con el artículo 320.1 del Código Penal, relativo al informe favorable.

De este modo quien ha resuelto, que a veces es el máximo interesado en conseguir la resolución injusta por razones diversas, sale indemne, y terminará no teniendo responsabilidad penal alguna, ya que impondrá una ley del silencio adobada normalmente por la defensa letrada de los técnicos municipales inculpados, por otra parte sufragada por el mismo organismo al que estos pertenecen.

El artículo 320.2 del Código Penal hace referencia a la aprobación de instrumentos de planeamiento y de gestión urbanística.

Si se observa el procedimiento administrativo previsto para la tramitación y aprobación de estos instrumentos en el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña de 2010, podemos comprobar que algunos de los mismos tienen varias resoluciones de aprobación, como es el caso de los planes de ordenación urbanística municipal y sus modificaciones puntuales, donde se prevén aprobaciones iniciales, provisionales y definitivas, estas últimas acordadas por una Administración distinta de la que ha dictado las aprobaciones anteriores.

El Código Penal se refiere únicamente a la aprobación de los instrumentos de planeamiento y no emplea calificativo concreto alguno para la misma, por lo que no puede descartarse la tipificación de las aprobaciones iniciales y provisionales y no existe ninguna razón para limitarlo a las definitivas cuando el legislador no lo ha hecho, pudiendo hacerlo. Las de carácter inicial y provisional son resoluciones de trámite necesarias para llevar adelante el procedimiento de aprobación final, y producen cada una de ellas efectos jurídicos distintos, por lo que el dictado de una de las mismas con vulneración flagrante, arbitraria e inepta de la normativa urbanística o sobre la ordenación del territorio, y con claro conocimiento de esta infracción por parte de quien vota a favor o resuelve, puede constituir la comisión de delito, aunque sea posible que la decisión sea modificada posteriormente durante la tramitación.

En el caso de los proyectos de urbanización, también previstos en el precepto, normalmente existen dos fases diferenciadas para su aprobación, la inicial del proyecto por el órgano competente, que es objeto de información pública, y la posterior de aprobación definitiva, que es tácita si en el plazo de audiencia no ha habido ninguna alegación, o expresa si las alegaciones son rechazadas y así se acuerda. Por lo tanto, puede ser ilustrativo, para comprobar el conocimiento de la injusticia en estos casos, examinar cómo se han resuelto por parte del órgano encargado de la aprobación

definitiva las posibles alegaciones presentadas contra el proyecto, cuando a través de ellas se ponen de manifiesto las ilegalidades manifiestas cometidas que impedirían esa decisión.

Los proyectos de reparcelación tienen por objeto principal realizar un reparto equitativo de los beneficios y de las cargas de un determinado polígono de actuación, y adjudicar al Ayuntamiento los terrenos y las parcelas que le corresponden como cesión obligatoria del aprovechamiento urbanístico, que deben hacer los propietarios del polígono. Cuando alguno de estos dos aspectos no se respeta y ello es conocido por quienes votan a favor de la aprobación de ese instrumento, entonces estaremos ante este delito. Otra cosa distinta será en la práctica poder acreditar el conocimiento de estas circunstancias por parte de quienes deciden, dado el especial carácter técnico de las reparcelaciones en cuanto al concreto reparto de beneficios y cargas entre los propietarios, irregularidades que a veces están en manos de los particulares que han promovido y redactado el proyecto, como ocurre con el sistema de reparcelación por el sistema de compensación, y que únicamente una actuación diligente de los servicios técnicos municipales puede evitar. En estos casos en que los técnicos particulares o integrados en servicios técnicos municipales hayan provocado, con la redacción de un proyecto injusto, el dictado de una resolución aprobatoria del mismo también injusta, al ser aprobada por los responsables municipales sin conocer estos, a la hora de votar, las circunstancias técnicas que implican la ilegalidad de su votación, entendemos que sería posible considerar a los técnicos responsables penales del delito de prevaricación urbanística, como inductores o autores mediatos o bien como autores del delito de informar favorablemente referido antes, si es que efectúan un pronunciamiento en este sentido en el expediente y no simplemente se limitan a redactar el proyecto maliciosamente.

En cuanto a las restantes licencias urbanísticas referidas en dicho artículo, estas son otorgadas normalmente por el alcalde o por la junta de gobierno local en caso de delegación. La competencia y el procedimiento serán los de la legislación de régimen local, con las especialidades sobre la materia previstas en el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, su Reglamento y la normativa urbanística municipal. Este texto refundido, de conformidad con los artículos 188 núms. 2 y 5.2, recuerda que nunca se pueden adquirir por la vía del silencio positivo previsto en la normativa de procedimiento administrativo facultades urbanísticas que

sean contrarias al texto mismo o al planeamiento urbanístico. Por tanto, nunca se puede considerar ajustada a derecho la facultad urbanística otorgada por esta vía cuando sea contraria a la normativa urbanística.

A efectos penales, el silencio positivo, al favorecer la creencia en el peticionario de que no ha obtenido una resolución expresa, pero de que ha obtenido la autorización presunta para llevar a cabo las construcciones o edificaciones, podría amparar el error de derecho del particular peticionario al basarse en la licencia obtenida por silencio positivo aunque esta fuera contraria al ordenamiento urbanístico, a efectos de la aplicación del artículo 319 del Código Penal, que sanciona los supuestos de delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo cometidos por particulares. Distinta sería la responsabilidad de la autoridad y funcionario público que, de modo malicioso, decide provocar la situación del silencio en sentido positivo para que el promotor particular se ampare en aquel para realizar las obras contrarias a la normativa urbanística. En este supuesto entendemos que, al tener el silencio un sentido positivo como si fuera una resolución y producir los efectos mencionados, podría aquel incurrir en el delito de la prevaricación urbanística y también podría ser considerado cooperador necesario del delito del artículo 319 del Código Penal, en caso de tratarse de las edificaciones y construcciones que se prevén. Igualmente, en caso de producirse las obras ilegales amparadas en la licencia otorgada por silencio administrativo, los responsables de la Administración local, si no realizan las acciones encaminadas a restablecer la legalidad urbanística, como la revisión de oficio de aquella resolución presunta, la paralización de las obras y la restauración de la realidad alterada, podrían incurrir en el delito de tolerancia administrativa del artículo 319.2 del Código Penal, antes comentado.

Se podría haber aprovechado la reforma del Código Penal de 2010 para incluir alguna referencia a uno de los instrumentos más polémicos utilizados en los últimos años por las Administraciones Públicas, especialmente los ayuntamientos, y que en algunos casos ha podido servir de fundamento de muchas irregularidades urbanísticas: el convenio urbanístico. Aunque no se ha previsto expresamente en la prevaricación urbanística, la firma del convenio o su aprobación administrativa, en caso de reunir los elementos exigidos, podría ser constitutiva de la prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal, que sanciona con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de siete a diez años a "la autoridad o funciona-

rio público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo". Esto, aparte de la aprobación de instrumentos o el otorgamiento de licencias derivadas del cumplimiento del convenio, sí podría ser objeto de la prevaricación urbanística. Aprovechando la escasa regulación del convenio urbanístico, y a pesar de la contundencia de la jurisprudencia contencioso-administrativa, es fácil encontrar convenios de todo tipo. En ocasiones, bajo un interés público buscado, inventado o dudoso, se pacta el otorgamiento de licencias contrarias al ordenamiento urbanístico o con cierta urgencia a cambio de prestaciones o cantidades que el particular beneficiario satisfará a la Administración, cuando todo el mundo sabe que las licencias son un acto reglado. Esto también se ha utilizado reiteradamente por parte de ayuntamientos u otras Administraciones para proceder a la venta de su patrimonio público a favor de la otra parte firmante, de forma directa y sin concurrencia pública, y, además, no sería raro que la venta fuera en unas condiciones en que la valoración del patrimonio público no fuera acompañada de ningún informe técnico municipal, o que este estuviera hecho de manera deficiente, provocando un perjuicio económico para la Administración y una ganancia para la entidad particular que adquiere el patrimonio, además de no destinar este patrimonio público a los fines establecidos legalmente. El convenio urbanístico tiene una sombra de sospecha siempre que se detectan ilegalidades en el articulado o en la gestación. El proceso previo a su firma no es nada transparente y queda fuera del procedimiento. Se desconoce quién ha llamado a la puerta de quién y de qué se ha hablado antes de la firma del convenio. En ocasiones, el convenio se esconde, ya no porque no se publica ni se expone al público, lo que exige claramente el texto refundido de la Ley de urbanismo, sino también porque se oculta en el proceso administrativo posterior. Por otra parte, es un instrumento que revela en muchas ocasiones que alguien ha tenido un acceso a la Administración que posiblemente otros no han tenido. Por ejemplo, un cambio de propietario de una finca motiva o excita, casualmente, un interés de la Administración en hacer algo de supuesto interés público, por lo que esta tiene entonces la voluntad de comprarla por medio del convenio urbanístico. La forma de pago será normalmente a través de este instrumento con la cesión de patrimonio público que, a buen seguro, interesa a la promotora titular de la finca, compromiso de cesión de un patrimonio público que, en ocasiones, el Ayuntamiento realmente aún

no ha obtenido, pero que prevé recibir como cesión obligatoria en un determinado sector de suelo urbanizable no desarrollado.

Este delito de prevaricación urbanística del artículo 320 del Código Penal exige que la autoridad o funcionario dicte la resolución, especialmente en casos de licencias urbanísticas cuando se ostenta legalmente o por delegación esta facultad, o bien cuando se vota a favor de la resolución injusta, tanto en casos de licencias urbanísticas como en los instrumentos de planeamiento y gestión referidos en el precepto. Por tanto, quien no vota a favor no tendrá ninguna responsabilidad penal en estos casos, aunque con la abstención se facilite la adopción del acuerdo injusto, ya que el autor debe votar a favor. Ahora bien, la votación a favor para que sea constitutiva de delito deberá servir para aprobar la resolución injusta, por lo que no será delictiva cuando se vota a favor de la resolución injusta y esta no se acaba aprobando por el órgano colegiado. No es necesario que la resolución manifiestamente injusta llegue a ejecutarse y que, por tanto, se produzca una transformación efectiva del suelo, sino que es suficiente para consumar el delito con que se apruebe alguno de los instrumentos y licencias referidos en el precepto.

4. La responsabilidad penal de autoridades y funcionarios públicos en los delitos contra el medio ambiente

Como se ha comentado antes, la estructura del artículo 320 del Código Penal actualmente es prácticamente la misma que la del artículo 329, que establece la responsabilidad penal de autoridades y funcionarios en materia medioambiental. Como sucede con el ámbito del urbanismo, las investigaciones penales normalmente van dirigidas a averiguar actos de contaminación realizados por empresas o particulares que pueden suponer un riesgo grave para el equilibrio de los sistemas naturales o para la salud de las personas, previstos principalmente en los artículos 325, 326 o 328 del Código Penal. Podemos pensar en el supuesto del vertido de residuos efectuado por industrias en los cauces de los ríos, o sus emisiones atmosféricas, o igualmente cuando se trata de depósitos de residuos tóxicos o peligrosos. Tampoco podemos olvidar la problemática creciente de las molestias por ruidos, producidas a los vecinos por las actividades clasificadas, y que impiden su descanso. En todos estos casos se trata normalmente de actividades económicas sus-

ceptibles de producir efectos negativos de carácter ambiental, y que necesitan para su funcionamiento una licencia ambiental.

Así lo dispone igualmente la Ley catalana 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades, que sustituye a la anterior de 1998, aparte de la aplicación de las normas de carácter sectorial.

En el curso de las investigaciones penales abiertas debido a los actos contaminantes, siempre se conocerá qué ha hecho la Administración competente, ya sea autonómica o local, a fin de controlar la actividad y hacer que esta se ajuste a los parámetros administrativos admitidos. Este control previo se expresará en el llamado expediente de autorización o licencia ambiental, donde ante una petición del interesado de llevar a cabo una actividad con un determinado proyecto técnico, la Administración, en base a los informes preceptivos de carácter jurídico y técnico, deberá valorar si esa actividad se puede desarrollar donde se quiere llevar a cabo (aspecto urbanístico relevante en materia ambiental) y si se respetan los requisitos exigidos por la distinta normativa sectorial, a fin de no generar un riesgo ambiental no aceptado, especialmente en materia de vertidos y emisiones. Por esta razón, será muy importante que la Administración tenga una información completa y fiel de lo que se quiere construir y de la actividad real que se llevará a cabo. Del mismo modo, el acta de control inicial está destinada a asegurar que la industria no genere problemas ambientales no admitidos por la normativa urbanística ambiental en sus distintas vertientes. Por otra parte, la Administración no acabará aquí su función de velar por el respeto al medio ambiente, ya que de oficio o a petición de interesado deberá hacer los seguimientos pertinentes e instar las correcciones necesarias para que no se generen situaciones de riesgo contrarias a la normativa ambiental, por lo que cuenta con herramientas fiscalizadoras que pueden llegar a suponer incluso la paralización inmediata de la actividad.

Pues bien, una vez reconocida la importancia de una actuación correcta y eficaz de la Administración en esas fases, la realidad nos demuestra, como ocurría al referirnos al ámbito urbanístico, que no será extraño que detrás de unos actos contaminantes denunciados como presuntamente delictivos descubramos una actuación administrativa muy deficiente o, incluso, inexistente, a pesar de conocer aquella la situación peligrosa y contraria a derecho. Nuevamente las deficiencias en el funcionamiento de la Administración en este caso han provo-

cado que el legislador haya previsto esta sanción específica para las autoridades y funcionarios públicos en los delitos contra el medio ambiente, posiblemente confiando en que, introduciendo una regulación como la que veremos en el artículo 329 del Código Penal, aquellos actuarán de otra manera en el futuro. El Tribunal Supremo, en la sentencia 449/03, de 24 de mayo, considera que la responsabilidad penal en materia de delitos contra el medio ambiente debe extenderse no únicamente a los causantes o titulares de la fuente de contaminación, sino también a los administradores públicos, a los que debe exigirse un cumplimiento escrupuloso de sus responsabilidades, a pesar de reconocer que hay que dejar en sus manos una cierta discrecionalidad técnica para conjugar políticas de desarrollo sostenible con la promoción de fuentes de creación de actividad económica. Se añade en esta resolución que con estos delitos se produce un daño, consistente en la ruptura de la confianza y credibilidad que los ciudadanos dan a las instituciones públicas, porque, como responsables que son del respeto de la legalidad, son las primeras obligadas a ello, y nada consolida mejor el Estado de derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan legalmente y en que, si alguien pertenece a estas se aparta de la ley, recibirá la adecuada sanción que restablezca la confianza rota.

La actuación que se supone de la Administración está muy presente en la regulación de la sanción del delito básico contra el medio ambiente del artículo 325 del Código Penal. Quien realiza este delito (por ejemplo, la contaminación grave) tendrá una pena notablemente superior si se dan algunos de los supuestos agravados que aparecen en el artículo 326 del propio Código, donde en los cuatro primeros apartados la relación infractor medioambiental-Administración determina una mayor repulsa de la acción, que justifica el aumento de la pena. Estos supuestos son: la falta de autorización o aprobación de las instalaciones; desobedecer las órdenes expresas de la autoridad de corrección o suspensión de la actividad delictiva; haber falseado u ocultado aspectos ambientales de aquella, o haber obstaculizado la labor inspectora de la Administración.

La pena prevista para los delitos incluidos en el artículo 329 es la inhabilitación para empleo o cargo público, que puede ir de siete a diez años, por la remisión que también hace el artículo a la pena de la prevaricación genérica prevista en el artículo 404, y, además, la de prisión de seis meses a tres años y la de multa de ocho a veinticuatro meses.

Dado que la descripción de las acciones constitutivas de delito en el artículo 329 del Código Penal es prácticamente idéntica a la del comentado artículo 320 del mismo Código, seguiremos también el comentario de cada delito de forma separada, bajo los apartados: el informe favorable; la tolerancia administrativa, y la resolución favorable. Añadiremos un apartado final para tratar de la Administración contaminante en Cataluña y su problemática.

4.1. El informe favorable

El artículo 329 del Código Penal sanciona:

“La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, [...]”.

Como ocurría en el artículo 320.1 antes referido, se prevé también un delito de informar favorablemente el otorgamiento de licencias manifiestamente contrarias a la normativa administrativa, que permitan las actividades contaminantes que prevén los artículos 325 y 328 del Código Penal. Por tanto, se trata de un delito eminentemente doloso, y quien informa debe saber que lo hace favorablemente y que, de acuerdo con la normativa administrativa que infringe clara y conscientemente, debería haber hecho un informe en sentido contrario al emitido.

El artículo hace referencia al informe favorable de licencias manifiestamente ilegales, por lo que la contradicción con el derecho puede ser de cualquier norma administrativa, ambiental o no, que impida en ese caso la concesión de esa autorización de la actividad clasificada. La actividad a autorizar, que es definida como industria o actividad contaminante, deberá ser alguna de las relacionadas con los artículos 325 y 328 del Código Penal; por tanto, serán las que pueden producir vertidos, emisiones, aterramientos, depósitos, ruidos o vibraciones susceptibles de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o de poner en grave riesgo la salud de las personas. Debe tenerse en cuenta que, con la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, se han añadido también las actividades susceptibles de perjudicar el medio ambiente introducidas por esta reforma, en los números 2 y 3 del artículo 328 del Código. Estas son: la explotación de instalaciones en las que se realicen actividades

peligrosas, o las labores de recogida, transporte, valorización, eliminación o aprovechamiento de residuos, siempre que supongan la creación de un riesgo grave ambiental o para la salud humana.

Uno de los aspectos relevantes en las licencias ambientales, es el relativo a la comprobación de que la industria que debe autorizarse se situará en un lugar donde la normativa urbanística permita su implantación, por lo que será importante en estos casos un informe relativo a esta cuestión en el expediente, que se manifestará normalmente con una certificación municipal de compatibilidad urbanística que se acompañará con la solicitud de la licencia de actividades. La ubicación de la actividad y su adecuación al ordenamiento urbanístico tienen una gran importancia en la práctica, ya que el planeamiento general tiene la finalidad teórica de determinar dónde deben situarse las posibles industrias en un territorio, del modo menos molesto para los ciudadanos y con respeto a los recursos naturales. Es el planificador quien debe determinar dónde se sitúan las actividades clasificadas, no un acuerdo expreso o tácito entre un particular y un responsable municipal. Por tanto, el informe favorable hecho desconociendo de manera intencionada la normativa urbanística, para que se otorgue la licencia de actividades a desarrollar en unos terrenos donde no es posible, supondrá la comisión de este delito. Precisamente, el artículo 60 de la Ley catalana 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades, prevé la emisión de un informe urbanístico en los expedientes de autorización o licencia ambiental destinados a valorar este importante aspecto, dejando claro que, si este informe es desfavorable, el órgano ambiental que debe resolver dictará una resolución que ponga fin al procedimiento y archive las actuaciones.

Es habitual que, si se pide la licencia de actividades, paralelamente o después se pida una licencia municipal de obras para construir la edificación que acogerá la industria o su ampliación. Para evitar situaciones contradictorias y construcciones realizadas sin una finalidad admisible, el artículo 77.3 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, que aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, establece claramente que no debe otorgarse una licencia de obras sin la concesión previa o simultánea de la licencia municipal de actividades, precepto este que es objeto de infracción en muchas ocasiones, como demuestra la experiencia en la investigación de estos delitos. No respetar la normativa urbanística a la hora de autorizar la actividad clasificada muchas veces suele

ser el paso previo a la comisión de los delitos de los artículos 325 y 328 del Código Penal. Autorizar ciertas industrias contaminantes en mitad de la zona no urbanizable o justo al lado de las zonas residenciales, es favorecer la comisión de estos delitos, y las causas penales abiertas lo demuestran.

El informe, como ocurría en el delito sobre la ordenación del territorio, debe ser favorable a la concesión de la licencia. Queda fuera de este delito, pues, el informe desfavorable, aunque sea manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico y lo conozca perfectamente quien lo hace. Tampoco es necesario que la actividad llegue a autorizarse gracias a este informe injusto. Además, el mismo puede ser contrario a derecho por infringir aspectos esenciales de procedimiento, de competencia, o aspectos materiales o de fondo exigidos por la legislación.

La citada Ley catalana de prevención y control ambiental de las actividades, en los distintos procedimientos previstos para obtener las diferentes modalidades de resoluciones ambientales necesarias para el ejercicio de la actividad susceptible de afectar al medio ambiente, establece la necesidad de cumplir determinados trámites previos. Según la modalidad, se prevén resoluciones preliminares e informes previos al dictado de la resolución final. Así encontramos, por ejemplo, resoluciones administrativas dictadas por el órgano autonómico llamado Ponencia Ambiental, que resuelven la consulta sobre si la actividad proyectada necesita o no la declaración de impacto ambiental según su posible repercusión ambiental, lo que determinará unos trámites u otros. También corresponde a esta Ponencia o los organismos comarcales de apoyo de la misma, llamados Oficinas de Gestión Ambiental Unificada (OGAU), resolver sobre la idoneidad del proyecto ambiental presentado por los promotores del proyecto, y si de manera motivada y previa audiencia de la parte interesada resuelve en el sentido de que no es idóneo o es insuficiente el proyecto de actividad presentado, esta resolución pondrá fin al procedimiento. Por tanto, desde la perspectiva penal, nos encontramos en este caso ante resoluciones administrativas y no informes, a los efectos de lo dispuesto en el delito de informe favorable del artículo 329 del Código Penal.

En el Anexo VI de aquella Ley se establecen las actividades que necesitan un informe preceptivo en materia de medio ambiente, que debe obtenerse de la Administración hidráulica cuando conllevan vertidos directos o indirectos a las aguas subterráneas, directos a las aguas superficiales o el dominio marítimo y terres-

tre, y vertidos no domésticos a sistemas de saneamiento a cargo de esta Administración. También se prevén en este Anexo los supuestos en que se necesitan informes previos de la Administración en materia de residuos y de protección del ambiente atmosférico. Estos informes y los emitidos por los órganos competentes en materia de prevención de incendios forestales (actividades proyectadas situadas a menos de quinientos metros de masas forestales o municipios declarados de alto riesgo de incendio forestal) según la Ley tienen siempre carácter vinculante si son desfavorables o imponen condiciones. Igualmente se prevé el informe del Ayuntamiento en los aspectos ambientales del proyecto respecto de los que tenga competencia, con la particularidad de que las determinaciones de este informe se incorporarán a la autorización ambiental.

4.2. La tolerancia administrativa

El artículo 329.1 del Código Penal incluye también esta acción delictiva:

“La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, [...] con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio [...]”.

Todo lo expuesto en el apartado del delito de la tolerancia administrativa sobre la ordenación del territorio, es aplicable *mutatis mutandis* en este punto, ya que la acción está descrita casi de la misma manera. Este delito no exige que la industria o la actividad contaminante referida en los artículos 325 o 328 del Código Penal haya cometido un delito contra el medio ambiente, para que la autoridad o funcionario público puedan incurrir en este delito de tolerancia administrativa. Tan solo se necesita que por parte de la actividad susceptible de poner en riesgo la salud humana o el medio ambiente se produzca una infracción de las leyes o disposiciones de carácter general que la regulan, por lo que no se exige que sea constitutiva de delito. Ante esta situación de infracción se producirá la consiguiente situación de pasividad intencionada. Quien omite y tolera debe tener conocimiento de la situación, y debe tener una posición de garante, como persona que puede iniciar, llevar adelante el procedimiento, decidir la tramitación o el impulso de las sanciones, o adoptar las medidas cautelares y correctoras. El autor decide no actuar y permitir la infracción medioambien-

tal que conoce, cuando tiene la obligación de hacer todo lo contrario en atención a su responsabilidad pública.

La referida Ley de prevención y control ambiental catalana prevé el régimen de control de las actividades susceptibles de tener una incidencia ambiental, y fomenta el principio del autocontrol por parte de quien desarrolla la actividad. Se prevé un control inicial de la actividad con un periodo de prueba o puesta en marcha, a fin de comprobar que la misma se ajusta a las condiciones ambientales establecidas en la autorización o licencia ambiental, y, en caso de ser favorable esta supervisión, ello implicará que la actividad estará legalmente habilitada para llevarse a cabo. Este control es de gran importancia, y no es raro en las investigaciones penales encontrar supuestos en que una industria contaminante, susceptible de provocar un delito ambiental, no lo haya llegado a pasar nunca, desarrollando la actividad durante años y teniendo la correspondiente licencia ambiental otorgada, pero sin que se haya realizado la comprobación preceptiva del cumplimiento de las medidas impuestas, lo que si se hubiera hecho habría evitado con total seguridad el problema ambiental penal denunciado. Por tanto, en estos supuestos existirá un incumplimiento por parte de los funcionarios o autoridades obligados a que el control se realice, que puede suponer, cuando estos lo conozcan, la comisión del delito, al haberse omitido una inspección de carácter obligatorio. Hay que tener en cuenta también que la Ley prevé que el control inicial lo pueda realizar, en la mayoría de los casos, una entidad privada contratada por la propia empresa titular de la actividad objeto del control; estas entidades se denominan entidades colaboradoras de la Administración (reguladas a través del Decreto 267/2003, por el que se aprueba el Reglamento de las entidades de control ambiental). Esta labor relevante ha sido delegada legalmente en estas empresas particulares, que han obtenido una genérica autorización específica para llevarla a cabo. A efectos del delito, dado el carácter tan genérico de la autorización administrativa obtenida por las entidades mencionadas para realizar esa función pública, y el hecho de que el encargo para realizar el control ambiental lo recibirán de las empresas o industrias particulares, hace que, de conformidad con el artículo 24 del Código Penal, no sea posible considerar que los técnicos de estas empresas colaboradoras puedan tener la consideración de funcionario público a efectos penales, aunque la labor que realizan está legalmente prevista en la Ley y tiene una gran trascen-

dencia pública. Esta cuestión tiene importancia porque los técnicos de estas entidades colaboradoras, al llevar a cabo la labor inspectora, pueden ocultar transgresiones ambientales en la fase de control previo o en los controles posteriores preceptivos que hagan a la actividad clasificada. Si por parte de estos técnicos particulares se informa favorablemente el control inicial o no se ponen de manifiesto las deficiencias detectadas, la Administración ambiental, probablemente, no conocerá las deficiencias a corregir, y, por tanto, los responsables públicos de llevar a cabo las actuaciones coercitivas necesarias para reconducir la situación, evitar los riesgos y sancionar, no estarán en condiciones de hacerlo. Se podría entender que el documento emitido por el técnico particular, al certificarse algo incierto, es decir, que la actividad funciona correctamente, es falso, ya que no recoge la verdad y se trata de un documento que, aunque emitido por un particular, podría ser considerado por la teoría de la incorporación como un documento oficial, ya que su confección únicamente sirve para dar traslado a la Administración e incorporarse a un expediente. Sin embargo, la posibilidad de considerar la falsedad del técnico particular como delito choca con el hecho de que se tratará normalmente de una falsedad de tipo ideológico (redactar o reflejar hechos o datos inciertos), y este tipo de falsedades tan solo se sanciona penalmente cuando es realizada por una autoridad o funcionario (artículo 392 del Código Penal).

Por su parte, la Ley de prevención y control catalana establece que la función inspectora, sin perjuicio de lo que pueda establecer la normativa ambiental sectorial, corresponderá al organismo correspondiente del Departamento que sea competente en materia de Medio Ambiente de la Generalitat (actualmente la Dirección General de Calidad Ambiental) y el Ayuntamiento, según sus respectivas competencias. Por tanto, serán las autoridades o funcionarios de estos los que podrán realizar una inspección de las actividades en cualquier momento que crean oportuno, al margen de los controles iniciales y periódicos, de las revisiones de las autorizaciones o licencias ambientales, y de la función inspectora atribuida a otros entes públicos por la normativa sectorial. Se otorga por parte de esta Ley el carácter de agente de la autoridad al personal que realiza la labor inspectora. Además, los titulares de las actividades a inspeccionar deberán facilitar la tarea al personal habilitado por la Administración para la actividad inspectora. En la regulación del procedimiento a seguir en caso de detectar una infrac-

ción, se prevén en esta Ley medidas cautelares para evitar la continuación de riesgo, restaurar las cosas a la situación anterior a la infracción, determinar la indemnización de daños y perjuicios de conformidad con la legislación de responsabilidad ambiental, además de la imposición de la sanción pertinente, y multas coercitivas en caso de incumplimiento de las órdenes administrativas de restauración o prevención que se acuerden. Por tanto, como ocurría con la tolerancia administrativa en materia de urbanismo, la conducta delictiva de la autoridad o funcionario consistirá en conocer de alguna manera las infracciones ambientales y no hacer absolutamente nada (no llevar a cabo las inspecciones obligatorias), o bien silenciar la infracción que conoce debido a las inspecciones previas que se hayan realizado, que entendemos que tanto pueden ser realizadas por la propia Administración como por una entidad colaboradora de la Administración que da traslado de la información a esta. En este caso del silencio estaremos ante un delito cuando, conocida la infracción ambiental, siempre de una manera intencionada, no se haya hecho nada para sancionar o evitar el riesgo ambiental generado por la infracción, o se hayan adoptado una o varias resoluciones pero como una simple apariencia, sin voluntad real de que se cumpla la normativa ambiental y de que se reconduzca la situación.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse algunas veces sobre este delito. En la STS 1091/06, de 19 de octubre, sanciona al alcalde que resulta acreditado que conoce la infracción por molestias por ruido a los vecinos de su término municipal, y decide enviar a agentes de la Policía local para tomar muestras con aparatos para medirlo que eran inútiles, para favorecer un archivo del expediente administrativo contra la empresa infractora. De este modo el Tribunal entiende que el alcalde se puso de parte de una industria contaminante y en contra de los intereses de los ciudadanos afectados, sabiendo o conociendo perfectamente que de esa manera infringía la legalidad que regulaba el ruido. En la STS 449/03, de 24 de mayo, se sanciona de la misma manera a un alcalde, ya que ni él personalmente ni ninguno de los equipos técnicos municipales que presidía realizaron inspecciones en las instalaciones de la granja contaminante, y se afirma que esta forma de comportarse lleva implícita la afirmación de que la instalación era conocida por el Ayuntamiento, y de que nadie actuó de conformidad con las exigencias legales, ocasionando esta conducta omisiva un daño al medio ambiente.

4.3. La resolución favorable

El artículo 329.2 sanciona:

“[...] a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia”.

Nos encontramos ante la llamada prevaricación medioambiental, que coincide plenamente, en cuanto a la descripción de la acción, con la prevaricación urbanística del artículo 320.2 del Código Penal, referida antes, por lo que nos remitimos a lo que se ha expuesto al tratar esta. Se sanciona aquí el hecho de resolver o votar a favor de la concesión de una licencia manifiestamente ilegal, que permita el funcionamiento de las actividades susceptibles de provocar un riesgo para el medio ambiente o para la salud humana que prevén los artículos 325 y 328 del Código Penal. La resolución o el voto a favor deberá hacerse sabiendo que dicha licencia no respeta de modo manifiesto el ordenamiento jurídico, ya que se ha infringido este por no seguir algún trámite preceptivo, por falta de competencia o por no respetar las razones de fondo necesarias para obtener esa autorización.

La citada Ley catalana de prevención y control ambiental de las actividades prevé un sistema de autorizaciones o licencias ambientales a obtener, con su respectivo procedimiento diferenciado, según la mayor o menor incidencia ambiental que tenga a priori la actividad objeto de la autorización. Se trata de una autorización limitada a los aspectos ambientales, y las actividades están ordenadas en distintas categorías enumeradas en los anexos I a IV de la Ley según su repercusión sobre el medio ambiente, lo que determinará el tipo de autorización a obtener y el procedimiento a seguir. Nos encontramos con las autorizaciones ambientales y las declaraciones de impacto ambiental, que deben ser resueltas por el Departamento de la Generalitat competente en esa materia, y afectan a las actividades productivas que pueden tener una incidencia importante sobre el medio ambiente. También se contemplan las licencias ambientales, que son de competencia municipal, y que afectan a las otras actividades que deben tener un control previo debido a su posible incidencia medioambiental. En estas autorizaciones y licencias intervienen los organismos competentes según la normativa sectorial, que deberán emitir los informes preceptivos y exigidos por la normativa, que tendrán carácter vinculante cuando sean desfavorables. Por otra parte, en las licencias ambientales de

competencia municipal se prevé la intervención de dichas OGAU, de ámbito comarcal, que deben emitir los informes preceptivos. A la vista del procedimiento previsto y de la participación de organismos pertenecientes a distintas Administraciones, algunos de los mismos mucho más alejados de la persona o empresa interesada en obtener la licencia que quien debe resolver, la adopción de una resolución favorable contraria a la normativa ambiental será mucho más difícil en estos casos, o, en caso de que se adopte, quedará más clara su intencionalidad delictiva, por la presencia probable de informes contrarios al otorgamiento de la licencia.

Además de las autorizaciones y licencias ambientales, se prevé en la repetida Ley el régimen de las denominadas comunicaciones ambientales para las actividades previstas en el Anexo III. En este caso no se dicta resolución expresa del Ayuntamiento, sino que el interesado en llevar a cabo la actividad debe adjuntar la documentación técnica exigida en la comunicación, y ya podrá iniciar el ejercicio de la misma, bajo la responsabilidad de las personas titulares o técnicas que hayan entregado las certificaciones, mediciones, análisis y documentos técnicos acreditativos del cumplimiento de los aspectos ambientales.

No se prevé en la Ley un régimen de silencio de carácter positivo, como ocurría con la licencia urbanística, ya que, si la Administración no resuelve la petición en los plazos establecidos, el interesado debe entender desestimada su pretensión, por lo que ya no se plantea en este caso la posibilidad de la comisión del delito a través de la comisión por omisión.

La posición de garante que tiene la Administración en los casos de autorización ilegal de las actividades clasificadas, podría llegar a suponer una forma de participación de los responsables públicos que votaron a su favor o que resolvieron otorgar aquella, en el delito contra el medio ambiente que se pudiera generar por la empresa o particular que hubiera obtenido la licencia ilegal. Podemos pensar en el caso de una empresa que consigue una autorización para verter al cauce público sus aguas residuales industriales, por encima de los límites legalmente permitidos. Si, debido a esta autorización contraria a derecho, se genera por la empresa autorizada un riesgo para el ecosistema o para la salud humana, está claro que quienes han otorgado la autorización o han informado a su favor, sabiendo de su injusticia, podrán incurrir no solo en el correspondiente delito del artículo 329 del Código Penal, sino también en el delito contra el medio ambiente de con-

taminación grave previsto en el artículo 325. La STS 1073/03, de 25 de mayo, así lo recoge, y afirma que si debido a una decisión prevaricadora, que tiene entidad propia e independiente, se da vía libre a otro comportamiento que incide, de manera directa y autónoma, sobre otro bien jurídico protegido como es el medio ambiente, entonces será posible aislar dos modalidades delictivas distintas, y se podrá afirmar que se ha prevaricado y, además, se ha ocasionado un daño al medio ambiente que, de otro modo, no se hubiera causado.

4.4. La Administración contaminante

El artículo 325 del Código Penal recoge el delito básico contra el medio ambiente de la manera siguiente:

“Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior”.

En la mayoría de los casos objeto de investigación por esta infracción, que es la más habitual dentro de los delitos contra el medio ambiente, el responsable penal será una persona o empresa particular. De alguna manera, en estos supuestos, el preceptivo control administrativo destinado a tutelar el medio ambiente aparecerá con el control previo de la autorización administrativa, y también con el control posterior por medio del procedimiento sancionador de adopción de las medidas cautelares y los actos administrativos destinados a evitar la situación peligrosa, restituyendo las cosas al estado anterior.

Ahora bien, a pesar de que el artículo 45.2 de la Constitución española dispone que los poderes públicos deben defender y restaurar el medio ambiente, y velar por la utilización racional de los recursos naturales, y de que el número 3 del mismo artículo establece

que para quienes lo infrinjan se establecerán por parte del legislador sanciones penales o administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado, puede ocurrir que, cuando quien contamina es directamente la propia Administración Pública, esta llegue a olvidar estas normas tan elementales, y el obligado control y respeto del medio ambiente quede sustituido por una tolerancia administrativa con una cobertura legal buscada, aunque simplemente formal y aparente.

Este es el caso de las aguas residuales urbanas en algunos municipios de Cataluña, que, a pesar de la abundancia de normativa administrativa europea y estatal que obliga a su adecuado tratamiento, se vierten directamente al cauce público, provocando situaciones de riesgo grave para el medio ambiente.

La disposición transitoria cuarta incorporada a la Ley del Parlamento de Cataluña de medidas fiscales y financieras 16/2008, de 23 de diciembre, establece que el vertido de aguas residuales cuya depuración haya sido asumida por la Agencia Catalana del Agua (ACA) a través de su inclusión en el Programa de Saneamiento de Aguas Residuales Urbanas (PSARU), aprobado por acuerdo del Gobierno de la Generalitat de 20 de junio de 2006, queda autorizado en las condiciones en que se encuentre al entrar en vigor esa Ley, cualquiera que sea su alcance ambiental, y tan solo se prevé una autorización de vertido en los casos en que exista un incremento de carga contaminante por un desarrollo urbanístico no previsto en el PSARU. Esta norma ha supuesto que algunos ayuntamientos infractores se amparen en ella, injustificadamente, para no hacer nada por evitar la grave situación de vertidos existente en su territorio, alegando ante una posible investigación penal que la situación es conocida, pero que su solución está prevista dentro del PSARU. Por otra parte, los expedientes administrativos por infracción ambiental debida a la contaminación por aguas residuales municipales, que había abierto la ACA contra algunos ayuntamientos por este tipo de vertidos incontrolados y peligrosos, fueron directamente archivados con la entrada en vigor de esa peculiar disposición transitoria. Sin embargo, la posible responsabilidad penal de quienes, dentro del Ayuntamiento, conocen la situación y están obligados a evitar el riesgo grave ambiental no desaparece a pesar de aquella norma, porque la legislación básica estatal y la distribución competencial en materia de medio ambiente entre el Estado y las comunidades autónomas permiten a estas dictar normas adicionales de

protección, pero no limitar las dictadas por el Estado o la Unión Europea. Y en este sentido toda esta normativa obliga a evitar la contaminación y a controlarla y no a autorizarla de un modo genérico. Por ejemplo, la Ley estatal de aguas aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2001 y modificada parcialmente por la Ley 62/2003 prohíbe expresamente la contaminación de las aguas continentales, y cualquier actividad que pueda suponer una degradación del dominio público hidráulico. Además, exige que todo vertido deba tener una autorización específica, no genérica, donde deberán determinarse las instalaciones de depuración, los límites de vertido a respetar y los medios para controlar el funcionamiento de aquellas. Todo ello sin olvidar la vigencia del Real Decreto-ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas, y el Reglamento que lo desarrolla, que obligan a los municipios a adoptar medidas para evitar la contaminación por las aguas residuales urbanas. La obligación de los responsables municipales de impedir la contaminación en estos casos se recoge en las normas ambientales de directa aplicación a Cataluña, y, además, en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (artículos 25.2, 26 y 86.3), el texto refundido de la legislación en materia de aguas de Cataluña (Decreto Legislativo 3/2003, de 4 de noviembre), o el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña (artículos 66, 67 y 68).

La sentencia del Tribunal Supremo 45/2007, de 29 de enero, rehusó los argumentos con pretensión exculpatoria del alcalde de una población del Vallés Oriental, condenado por un delito contra el medio ambiente por tolerar los vertidos de las aguas residuales urbanas de su municipio, de manera constante y conocida, al cauce público, y que pretendía trasladar la responsabilidad de los hechos a la ACA. El Tribunal confirmó la condena del alcalde, y consideró que había infringido con su omisión o pasividad las disposiciones de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local que le otorgaban la posición de garante de la protección del medio ambiente y la salud pública en el ámbito territorial de su término municipal, al no haber impedido durante mucho tiempo, pudiendo hacerlo, unos vertidos de aguas residuales urbanas fecales que iban a parar directamente a un torrente público, a pesar de tener el deber de controlar esta fuente de peligro según la normativa administrativa.

Bibliografía

AA. VV., *Corrupción y urbanismo*, Cuadernos Penales Jose María Lidón 5, Deusto Publicaciones, 2008.

ALCALDE SÁNCHEZ, María, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, Editorial Bosch, 2011.

PELEGRÍN LÓPEZ, Antoni, "La actuación de la Administración y su incidencia sobre los tipos penales protec-

tores de la ordenación del territorio y del medio ambiente", en CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, Colección "Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal", vol. I, año 2000.

PELEGRÍN LÓPEZ, Antoni, "Los delitos urbanísticos y la actividad notarial", en AA. VV., *Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal*, Thomson-Civitas, 2007. ■