
Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio

Daniel de Alfonso Laso

Magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Profesor asociado de la UAB y de la UOC

1. Cuestiones generales

2. El *non bis in idem* en los delitos urbanísticos

3. La operancia o inoperancia del mecanismo de la cuestión prejudicial

4. El artículo 319 núm. 1 del Código Penal

4.1. ¿Construcción *versus* edificación y urbanización?

4.2. ¿Es preciso que la construcción o la edificación o la urbanización estén terminadas para entender cometido el delito?

4.3. ¿Qué ha de entenderse por no autorizables?

4.4. Viales, zonas verdes y bienes de dominio público

4.5. Autoría y participación

4.6. Formas imperfectas

4.7. La curiosidad de la prescripción

4.8. Problemas concursales

5. El párrafo segundo del artículo 319

5.1. Consideraciones previas necesarias

5.2. Problemas en relación con el núm. 1 del artículo 319

5.3. El problema de las legalizaciones

6. El párrafo tercero del artículo 319

7. El párrafo primero del artículo 320 del Código Penal

7.1. El porqué del castigo del informe previo a la autorización o a la licencia si ya existía el artículo 404

7.2. ¿Puede integrar el delito un informe desfavorable pero injusto?

7.3. ¿Puede integrar el delito un informe que no es vinculante?

7.4. Aun cuando no sea vinculante, ¿basta con la emisión del informe injusto favorable, o será preciso además que se conceda la licencia en base a dicho informe?

7.5. El particular beneficiado por una licencia injusta, ¿es responsable?

7.6. ¿Estamos ante un concurso de normas entre el artículo 320 y el artículo 404?

7.7. Relación entre el artículo 320 y el artículo 319

7.8. El problema de la pasividad administrativa

8. El párrafo segundo del artículo 320

8.1. ¿Es posible la comisión de este tipo sin la emisión del voto favorable?

8.2. ¿Se requerirá a efectos de consumación de este delito que se haya llevado a cabo la construcción a que se refiere la concesión; o al menos sin que se haya dictado la resolución administrativa concediendo la licencia ilegal?

Resumen

Han pasado ya 15 años desde la entrada en vigor de la regulación de los delitos urbanísticos en el Código Penal, y basta con una mirada rápida de las estadísticas judiciales para ver que el número de asuntos en este campo es muy bajo, lo que podría llevar a la equivocada idea de que ha sido gracias al Código Penal el porqué de que las conductas que allí se describen como delitos no se han producido apenas. Nada más lejos de la realidad. Los problemas que estos delitos presentan son muchos y muy variados. Y tal vez sea causa de ese absentismo de sentencias en la materia el que tales problemas no se hayan acertado a resolver. En este trabajo se expondrán y analizarán los problemas técnico-jurídicos que estos tipos penales presentan. Y al tiempo se dará respuesta, también técnico-jurídica, a ellos. Así pues, estamos ante un trabajo concienzudo y fundamentalmente práctico, que nos ayudará a comprender y entender la complejidad del urbanismo desde una perspectiva penal.

Palabras clave: *ordenación del territorio; urbanismo; prevaricación urbanística; construcción; edificación; licencia; obra.*

Abstract

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

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

Para realizar un análisis concienzudo y eficaz de los tipos penales recogidos en los artículos 319 y siguientes, es preciso tener presentes los mismos en todo momento.

Y para ello se hace necesario comenzar trayendo el texto de lo que estos artículos disponen en nuestro Código Penal, tras la reforma operada por la Ley orgánica 5/2010, que entró en vigor el pasado día 23 de diciembre de 2010.

Artículo 319:¹ **1-** “Se impondrán las penas de prisión de 6 meses **(1 año y 6 meses)** a 3 años **(4 años)**, multa de 12 a 24 meses **(salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio)**, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de 6 meses a

3 años **(1 a 4 años)**, a los promotores, constructores, o técnicos directores que lleven a cabo **(obras de urbanización, construcción, o edificación) (no autorizables)** en suelos destinados a *viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.*”

2- “Se impondrá la pena de prisión de 6 meses a 2 años **(de 1 a 3 años)**, multa de 12 a 24 meses **(salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio)** e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de 6 meses a 3 años **(1 a 4 años)**,

1. En negrita y entre paréntesis aparece el texto tal y como queda tras la reforma operada por la Ley orgánica 5/2010.

a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable (**obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelo no urbanizable**)."

3- "En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra (**y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada**), sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. (**En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar**)."

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

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

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

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

Artículo 404: "A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 7 a 10 años."

Lo primero que ha de llamarnos la atención es la ausencia (inexplicable) de la comisión del delito por imprudencia grave. Máxime si tenemos en cuenta que en los delitos concretos contra el medio ambiente (artículo 331) que tienen una estructura casi idéntica a estos, sí se recoge la modalidad de comisión por imprudencia grave.

1. Cuestiones generales

Como señalaba antes, de una primera lectura de los artículos reseñados, *a priori* se puede echar en falta la comisión imprudente de estos delitos, pero lo cierto y verdad es que, a diferencia de lo que sucede con los delitos medioambientales (que en el artículo 331 se castiga la comisión por conducta imprudente), en estos tipos no se ha tipificado la comisión por imprudencia, por lo que la misma es atípica e impune.

No descubro nada cuando digo que el tema del urbanismo es por su esencia materia propia del Derecho Administrativo. Desde el mismo momento en que nacieron los llamados delitos urbanísticos se incorporó al Derecho Penal un nuevo campo abonado de preocupación, que obliga a preguntarnos por los aspectos previos de índole político-criminal.

Han pasado ya 15 años desde la entrada en vigor de la regulación de los delitos urbanísticos en el Código Penal, y basta con una mirada rápida de las estadísticas judiciales para ver que el número de asuntos en este campo es muy bajo, lo que podría llevar a la equivocada idea de que gracias al Código Penal las conductas que allí se describen como delitos no se han producido apenas.

Sería más acertado pensar o, mejor, indagar, y preguntarnos por los problemas del Derecho Penal que puedan llevar a esa baja eficacia de sus disposiciones.

Ciertamente, la falta de respeto por la idea de ordenación urbana es algo en lo que pueden coincidir tanto el constructor desaprensivo como la persona oportunista, que desprecia a los demás y que piensa que en su terreno puede hacer lo que le venga en gana; o incluso también el desesperado que acude a la vía de hecho para resolver su necesidad de vivienda con una

construcción irregular y pobre. Pero de ello no debe derivarse que de forma general la sociedad repudia la aplicación del Derecho Penal en materia de urbanismo. En efecto, es fácil imaginar que precisamente la misma persona que realiza una obra abusiva –por ejemplo– confía a su vez en que otra persona no haga lo mismo y le tape sus hermosas vistas, que se divisan desde su construcción ilegal.

De lo anterior se infiere una dificultad consistente en poder coordinar la disciplina de los delitos urbanísticos con la frontera en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, pues el legislador ha utilizado una técnica con repeticiones casi literales de la descripción de las conductas.

Por eso es comprensible la crítica que muchos autores hacen, manifestando que el Derecho Penal en sus artículos 319 y 320 invade el Derecho Administrativo, y criminaliza conductas que no pasan de ser meros ilícitos administrativos.

No obstante lo anterior, y precisamente por ello, algunos autores han llegado a entender que también parece obligado reconocer que de una primera simple lectura de los dos preceptos del Código Penal se puede contraer la percepción de que el legislador ha querido proteger sobre todo los suelos en los que, al menos en teoría, nunca sería posible la construcción (así, en el artículo 319), añadiendo una especial cualificación cuando se trata de un espacio natural protegido.

En cualquier caso, la protección de los bienes jurídicos que se prevé en los artículos 319 y 320 del Código Penal deriva del artículo 47 de la Constitución, que encomienda al legislador establecer las normas pertinentes “para la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”.

La protección de estos bienes habitualmente se realiza a través del ordenamiento administrativo, si bien las conductas de mayor gravedad van a ser objeto de sanción por la vía del Derecho Penal. Ahora bien, mientras que la legislación penal es competencia exclusiva del Estado, así se infiere del artículo 149 núm. 6 de la Constitución, por lo que se refiere a la ordenación administrativa de estas materias, las comunidades autónomas tienen las competencias que les atribuye el artículo 148 de la Constitución, lo que, unido a las competencias municipales y de la Unión Europea, determina la existencia de un entramado normativo complejo y a veces contradictorio.

En concreto, las competencias en materia de urbanismo y de ordenación del territorio corresponden a

las comunidades autónomas y a los municipios, como se reconoce en la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, publicada a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, de 20 de marzo. No obstante, siguen vigentes el texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana de 1992, y el Reglamento de disciplina urbanística de 1978. Si bien, recientemente, en mayo de 2007, se ha aprobado y publicado una nueva Ley del suelo, que ha dejado sin efecto la anterior, de 1998.

2. El *non bis in idem* en los delitos urbanísticos

(Su influencia y la escasa aplicación del Derecho Penal en este ámbito delictivo.)

El planteamiento teórico de la cuestión es simple, y así ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional: el hecho castigado por un Tribunal no puede ser posteriormente sancionado por la Administración; si se produce identidad de hecho y de persona responsable, no es posible dedicar dos castigos (penal y administrativo) sobre un mismo sujeto, ni a la vez, ni sucesivamente.

Cuestión distinta es la consecuencia que debe de tener la sanción administrativa impuesta por un hecho sobre el que posteriormente recae la jurisdicción de los tribunales penales. Ciertamente, sería inaceptable que la aplicación del Código Penal pudiera cuestionarse, por lo que habrá que concluir que en nada se puede ni se debe de cerrar el paso a la actuación jurisdiccional si los hechos revisten los caracteres del delito.

Por último también podría suceder que la jurisdicción penal reconociera la existencia del hecho y reconociera la relación del autor con ese hecho, pero, al tiempo, pudiera estimar que no concurren los elementos exigibles penalmente para apreciar un delito. En estos casos, la posición de la Administración, que en teoría puede sancionar “subsidiariamente”, no es sencilla, salvo que se diga que para la parte represiva que corresponde a la Administración no cuentan ni la ausencia de dolo o de culpa, ni el error invencible, por ejemplo.

3. La operancia o inoperancia del mecanismo de la cuestión prejudicial

La prevalencia de la jurisdicción penal sobre el procedimiento administrativo, que implicaría la suspensión de

este hasta que se resuelva aquella, podría verse afectada por concurrir causas prejudiciales administrativas que fueran determinantes de la imposición de la pena. El efecto precisamente entonces sería el contrario, es decir, la suspensión del procedimiento penal hasta que el Tribunal Administrativo resolviera.

La cuestión es: ¿puede el juez penal, a los solos efectos penales, comprobar por sí mismo la legalidad de unas obras llevadas a cabo sin autorización?, o por el contrario, ¿habrá de paralizar el procedimiento hasta que el Tribunal Contencioso-Administrativo resuelva la cuestión?

En concreto, la cuestión ha de plantearse en los siguientes términos: ¿pueden estos supuestos ser considerados causas prejudiciales?

El artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal establece con carácter general la competencia de los tribunales encargados de la justicia penal para resolver, a los solos efectos de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. La regla general será, por lo tanto, que la cuestión prejudicial sea resuelta por el juez penal, si bien a los solos efectos de la represión, es decir, sin que genere efectos de cosa juzgada.

Para ello, el artículo 7 de la propia Ley de enjuiciamiento criminal establece que el Tribunal se guiará por las reglas del Derecho Civil o Administrativo en las cuestiones prejudiciales que deba de resolver. Ello significará que en la resolución de la cuestión prejudicial el juez penal habrá de resolver en los supuestos del artículo 319 y 320 del Código Penal, de acuerdo con las normas urbanísticas vigentes.

No obstante, el artículo 4 citado recoge la excepción a la regla anterior: “si la cuestión prejudicial fuera determinante de la culpabilidad o la inocencia, el juez de lo penal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquella por quien corresponda”.

Pero claro, el problema es que para que el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo se manifieste sobre la cuestión prejudicial, deber existir un acto administrativo firme y recurrido por una de las partes en vía jurisdiccional. Si, como sucederá en la mayoría de los casos, la cuestión prejudicial radica precisamente en que no existe licencia urbanística, al no existir acto administrativo, la autoridad que en todo caso debería de venir a auxiliar al juez penal no puede ser más que la

propia Administración que debió de haber dictado el acto administrativo.

En virtud de eso, se reduce, sin duda, la eficacia del mecanismo de la cuestión prejudicial, en los delitos relativos a la ordenación del territorio, a los supuestos en que exista un acto administrativo firme y recurrido en la vía de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El problema se planteará, por lo tanto, al juez de lo penal, en la medida en que, a falta de acto administrativo firme y recurrido, no le será posible dirigirse a la jurisdicción contencioso-administrativa para que se pueda manifestar al respecto. Ello supondrá que el juez penal habrá de buscar otras vías, como por ejemplo la existencia de peritos, para traer al procedimiento penal la información necesaria de la Administración competente. Y ello precisamente es lo que en la mayoría de las ocasiones podría hacer surgir en los jueces penales la duda bastante como para decretar el sobreseimiento o la absolución.

4. El artículo 319 núm. 1 del Código Penal

4.1. ¿Construcción *versus* edificación y urbanización?

La primera cuestión a debatir es qué debe entenderse por “construcción y qué se entiende por edificación”. La Ley del suelo no las define. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “construcción” significa: acción y efecto de construir. Por su parte, “construir” significa: fabricar, hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, monumento, o en general cualquier obra pública.

Si leemos con detenimiento la reforma del artículo 319, nos damos cuenta de que se han introducido, además de la construcción, otros términos de los que antes no se hablaba, tales como edificación, planeamiento urbanístico, parcelación o reparcelación.

No obstante ello, la interpretación que hasta ahora se hacía de esas ausencias era que habría de entenderse que el término construcción englobaba, por ser más amplio, el de edificación, pero no a la inversa. Por ejemplo, bien podríamos hablar de la construcción de una autopista, pero no de la edificación de la misma. En consecuencia, edificación, etimológicamente hablando, sería la parte de la construcción tendente a crear edificios.

Y en similares términos debemos de pronunciarnos en relación a la construcción y la urbanización.

Aunque la rúbrica del capítulo sea ahora: “delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo”, la realidad es que el urbanismo no es sino la edificación repetida de viviendas, y en consecuencia también ha de verse englobada en el término general de construcción.

4.2. ¿Es preciso que la construcción o la edificación o la urbanización estén terminadas para entender cometido el delito?

A mi juicio no será preciso que una u otras estén finalizadas, sino que será suficiente con que las mismas estén iniciadas.

Otra cuestión será determinar el grado de realización de la construcción o de la edificación que es preciso para entenderlas iniciadas a efectos penalmente relevantes.

Yo pienso que debe de requerirse algo más que una simple alteración del terreno natural, pues, de lo contrario, un simple movimiento de tierras no autorizado podría ser considerado delito. Lo que, desde luego, no sería congruente con el principio de intervención mínima (que ya sabemos que se encuentra recogido de manera expresa en la misma Exposición de Motivos del Código Penal de 1995).

4.3. ¿Qué ha de entenderse por no autorizables?

El Código Penal, antes de la reforma de la Ley orgánica 5/2010, no se refería a no autorizables, sino a “no autorizadas”. Con ello debíamos de entender las construcciones o edificaciones que carecían de la preceptiva autorización administrativa.

Y ello podía ocurrir bien porque la construcción se hubiera efectuado sin haber solicitado la correspondiente autorización, o bien porque habiéndose solicitado la correspondiente autorización esta hubiera sido denegada.

E incluso podrían incluirse dentro del concepto de “no autorizadas” aquellos supuestos en los que no se cumple una condición resolutoria que es esencial y ha sido exigida en la licencia: pensemos en los casos en que se otorga una licencia, pero esta ha sido sometida a previa demolición de una edificación existente.

Y, por último, también creo que merecerían la calificación de “no autorizadas” aquellas construcciones que se excedían de la licencia otorgada.

Lo anterior nos conducía entonces a que bien pudiera ocurrir –en la práctica– que, en el proceso penal, hubiera de dilucidarse si la construcción estaba amparada en la preceptiva autorización, o incluso a tener que determinar cuál fuera esta. Pensemos en el caso de alguien que aporta una autorización, pero la misma no es suficiente o no es exactamente la que se necesitaba para efectuar la construcción.

En cualquier caso, la cuestión entonces y hasta la reforma era la de si la falta de autorización había de suponer necesariamente la comisión o no de un delito.

Por su parte, y a este respecto, resulta interesante traer a colación la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón de 19 de junio de 2003. A tenor de lo que en la misma se dispone: “la conducta del artículo 319 resultará atípica cuando la construcción sea autorizable y meramente se hayan omitido los requisitos necesarios para su obtención, si se obtiene con posterioridad al inicio o a la finalización de las obras dicha autorización”.

En esta misma Sentencia se nos ofrece una perspectiva del delito que tiene en cuenta para su consideración punitiva el bien jurídico tutelado penalmente. Es decir, que la Sentencia se basa en el dato relativo a si en efecto hubo o no hubo lesión para el bien jurídico protegido. El caso en cuestión era el siguiente: en la ampliación de un estadio de fútbol (del equipo de fútbol del Villarreal), se habían realizado unas obras en las esquinas norte y sur, que afectaban inicialmente a viales y que eran contrarias al Plan urbanístico. Ello motivó que inicialmente no se concediera la preceptiva licencia de ampliación del estadio. No obstante, más adelante, se modificó el Plan general de urbanismo y –estando ya iniciadas las obras– se otorgó la referida licencia de ampliación. Si bien, previamente, se liberaron espacios construidos que fueron destinados a viales, con el fin de compensar el espacio total que a esta cualidad se dedicaba (a viales) en el Plan general de urbanismo.

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

Ahora bien, lo realmente llamativo y novedoso de esta Sentencia es que, pese a lo ya dicho, lleva a cabo un enfoque del tipo penal desde la perspectiva de la efectiva lesión del bien jurídico penalmente protegido. Y en tal sentido, al producirse la liberación de espacios construidos e incluidos ahora como destinados a viales, se evitó la devaluación y alteración del hábitat y del medio ambiente urbano; por lo que realmente no hubo “ofensa para la ordenación del territorio con relevancia penal”.

Como podemos fácilmente apreciar, con la reforma, al hablar de “no autorizables”, se zanja el problema que antes se planteaba, ya que no se requiere que la autorización haya sido otorgada, sino que la misma no lo hubiera podido ser nunca (“no autorizables”).

4.4. Viales, zonas verdes y bienes de dominio público

El concepto de vial es un concepto urbanístico. Ahora bien, la distinción entre suelo destinado a viales y bien de dominio público es compleja. El artículo 339 del Código Civil califica los “caminos” como bienes del dominio público. Y el artículo 81 núm. 2 de la Ley de bases de régimen local, establece que la aprobación definitiva de los planes de ordenación urbana producirá automáticamente la alteración de la calificación de los bienes afectados como públicos.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de marzo del 97 ha derogado la práctica totalidad de la Ley del suelo de 1992, de manera que el Estado no tiene competencias en materia de planeamiento urbanístico, lo que, a los efectos que aquí nos interesan, supone que la definición de lo que se entienda por “viales” corresponderá al legislador autonómico.

En cuanto al concepto de zona verde, también corresponde al legislador autonómico fijar el criterio del mismo. Y si no hubiera regulación autonómica, actuará como legislación supletoria la legislación del Estado dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución.

Por bienes de dominio público hay que entender tanto los que lo son por naturaleza como los que lo son por destino, esto es: lo son por un acto administrativo de afectación. En el ámbito penal, por lo tanto, habrá que disponer en su caso de la prueba del acto administrativo de dicha afectación.

Finalmente, hemos de preguntarnos si el concepto de “espacio natural protegido” está o no incluido en el tipo penal del artículo 319 núm. 1, pues de ser ello así no se acierta ahora a comprender cuál sea el sentido de que nuestro legislador lo haya agravado de manera expresa en el artículo 338, relativo a las Disposiciones Comunes. En este precepto se indica que la pena será superior si las conductas se llevaran a cabo en espacios naturales protegidos.

Por lo que resulta que solo es posible entender que el espacio protegido del artículo 319 núm. 1 sea todo menos el natural. Esto es, espacios de la naturaleza de valor especial, ya que en caso contrario habría de entenderse inoperante o bien la agravación del artículo 338 o bien la inclusión del artículo 319 núm. 1.

4.5. Autoría y participación

Parece claro que en el párrafo primero del artículo 319 la autoría está determinada en los “promotores”, “constructores” o “técnicos directores”.

El primer problema será determinar si puede ser autor de este delito el particular que, con sus propias manos o con la ayuda de sus familiares o amigos, construye una casa en suelo no urbanizable. Aparentemente, el particular quedaría fuera del ámbito de los autores que recoge el tipo. Pero tal laguna habría sido inadmisibles, por lo que la jurisprudencia ha interpretado que “constructor” no es tan solo el profesional que se dedica a ello, sino cualquiera que acometa una obra.

Así se ha pronunciado, *mutatis mutandi*, en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo, y en concreto con ocasión del examen jurisprudencial del artículo 316.

Además, en cuanto a la participación, no existe ninguna razón para excluir como regla al particular que contrata la obra o el proyecto, el cual podrá ser considerado, en su caso, inductor (cuando el constructor conozca de la ilegalidad de la construcción) del hecho, si conscientemente ha contratado a unos albañiles para que realicen un trabajo de edificación. Incluso podría suceder que sea solo el contratante quien conoce la ilegalidad de la obra, mientras que los operarios pudieran actuar con plena ignorancia, lo cual tal vez debiera de desplazar la calificación desde el campo de la inducción al de la autoría mediata.

Otro problema al respecto de la autoría viene determinado por si caben o no en este delito otras for-

mas de participación, como sería la cooperación no necesaria, o como la complicidad. Cuando me refiero a cooperación no necesaria lo que estoy haciendo es distinguir la participación de la autoría, de manera que nada impediría, por ejemplo, tener por cómplice al que suministra el material.

4.6. Formas imperfectas

¿Caben las formas imperfectas de ejecución? A mi juicio, cabe la tentativa inacabada (con lo que ello supone en orden a la rebaja de la pena tan solo en un grado). Es difícil imaginar la tentativa acabada. Si se realizan todos los actos estaríamos ante la consumación del delito. En mi opinión estamos ante un delito de resultado. De manera que si se inicia la construcción y a los pocos días los autores fueran descubiertos por la autoridad administrativa, y se les paralizara la obra, no habría inconveniente para aplicar la forma imperfecta de tentativa. Ahora bien, para ello se requerirá que se dé comienzo a la ejecución de la obra destinada a la construcción. No debiendo de incluirse la realización de excavaciones previas a la cimentación (tal y como antes dijimos en relación al movimiento de tierras); y por último, además, sería una conducta que quedaría fuera del ámbito de la tentativa, por tratarse de actos preparatorios impunes (con el Código Penal de 1995 tan solo serán punibles los actos preparatorios –proposición, provocación y conspiración– cuando expresamente así se diga en cada tipo penal), el acopio de materiales o de maquinaria en el lugar de la futura construcción ilegal.

4.7. La curiosidad de la prescripción

Las conductas descritas en el artículo 319 prescriben, según lo establecido en el artículo 131 del Código Penal, a los cinco años. Lo curioso es que el artículo 263 de la Ley del suelo de 1992 establece que las infracciones graves prescribirán a los cuatro años. Además, este precepto, si bien la Ley del suelo fue derogada –como antes dijimos–, ha continuado vigente a lo largo de los desarrollos autonómicos de la norma administrativa del suelo. De manera que se produce una discrepancia entre la prescripción del delito y la prescripción de la infracción urbanística.

Ocurre algo similar a lo que ya pasó con la reforma de la Ley general tributaria y el delito fiscal del artículo

305. Es similar, ya que administrativamente el ilícito fiscal prescribe a los 4 años, y penalmente el delito prescribe a los 5 años. En tales casos, soy partidario de perseguir el delito fiscal penalmente, aun cuando hubiere prescrito la vía administrativa; si bien no debería de apreciarse en tales casos el otorgamiento de la responsabilidad civil. No obstante, para el delito fiscal el legislador ha previsto de manera expresa, tras la reforma de la Ley orgánica 5/2010, que, aun cuando estuviera prescrita la infracción administrativa, se exigirá la responsabilidad civil por la vía penal. Cuestión que, en cambio, no ha sido abordada por el legislador en relación a los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo.

4.8. Problemas concursales

En relación al delito de desobediencia del artículo 556, podría apreciarse un concurso real cuando el sujeto requerido por las autoridades para paralizar la obra no lo hiciera. O cuando la iniciara una vez que se hubiera notificado que el proyecto carecía de los requisitos legales para ser llevado a cabo.

En relación con el delito de falsedad documental, podrá darse en concurso medial del artículo 319 con los artículos 390 y 392 del Código Penal. E, incluso, habría un delito de estafa procesal si tales documentos falsos se introdujeran en el proceso penal con la intención de engañar al juzgador.

En relación con los delitos contra el medio ambiente del artículo 325, podría darse un concurso ideal de delitos, pues existirían ataques a bienes jurídicos diferentes como serían el medio ambiente, por una parte, y la ordenación del territorio, por otra.

5. El párrafo segundo del artículo 319

5.1. Consideraciones previas necesarias

La conducta del núm. 2 del artículo 319 es una conducta compleja. Para comprender la misma no basta solo con atender al verbo típico, sino que además es preciso agregar ahora el lugar sobre el que este objeto se lleva a cabo (suelo no urbanizable), y por último, además, el carácter no autorizable de la misma.

Pues bien, podría suceder que se llevara a cabo una construcción o una edificación en un suelo clasificado

como no urbanizable, pero que, con posterioridad a la realización de la conducta delictiva, se procediera por las autoridades competentes a la modificación del Plan general de ordenación urbana, reclasificando dicho suelo en urbanizable. El problema que se plantea es, por lo tanto, el relativo a la aplicación retroactiva de la norma más favorable al reo. Pero en relación no solo al precepto penal, sino también al elemento normativo administrativo del tipo. Ya que la ley penal no solo lo es el texto del artículo penal, sino también la normativa extrapenal que contribuye a dar contenido al referido precepto penal.

Ocurre algo similar en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo, en que, al tratarse de normas penales en blanco que precisan de su complemento con normas de rango administrativo, se ven los elementos normativos del tipo integrados en estas últimas. Así, por ejemplo, el artículo 316 indica que “los que con infracción de las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo...”.

5.2. Problemas en relación con el núm. 1 del artículo 319

El núm. 2 del artículo 319 supone llevar a cabo una “construcción o una edificación o una obra de urbanización” “no autorizable” en un “suelo no urbanizable”.

En primer lugar destaca el tipo que antes restringía la conducta típica: solo se castigaba la edificación, y no la construcción ni las obras de urbanización. En segundo lugar esa edificación ha de ser “no autorizable”, y no “no autorizada”, como antes también se decía en el párrafo primero.

Ciertamente, el legislador acertó, pues la verdad es que no se entendía bien por qué el legislador había restringido la conducta típica a las edificaciones solamente, porque lo cierto es que también en suelo no urbanizable se pueden realizar, además de edificaciones, construcciones, instalaciones, urbanizaciones, etc.

Por “no autorizada” ya vimos antes lo que se entiende, mientras que “no autorizable” supone una situación, previa a la hipotética solicitud de autorización, que impediría su concesión o la posibilidad de legalización posterior.

Llama la atención la distinta penalidad que se establece en el núm. 1 y en el núm. 2 del artículo 319. Solo cabe explicar esta distinta pena si se entiende que en el

núm. 1 se reprimen las conductas transgresoras llevadas a cabo en suelo público, mientras que en el núm. 2 se sanciona la realización de edificaciones ilegales en suelo privado.

Ahora habremos de examinar qué haya de entenderse por “no autorizable”, y en tal sentido resulta interesante plantearnos la validez de las autorizaciones presuntas adquiridas por silencio administrativo. En este sentido hay que tener en cuenta que la Ley 30/92 de régimen jurídico de la Administración Pública y procedimiento administrativo común, en la modificación operada por la Ley 4/99, declara la nulidad de los actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico. Y por su parte la Ley 6/98 establece que los notarios y registradores de la Propiedad exigirán, previamente a autorizar e inscribir escrituras públicas de obra nueva, que se acredite expresamente el otorgamiento de las preceptivas licencias.

5.3. El problema de las legalizaciones

(Cuando no se ha llevado a cabo, obviamente, la modificación del Plan general de ordenación urbana).

Ciertamente, las legalizaciones solo podrán concederse en los supuestos en que la obra se haya realizado en suelo que no sea absolutamente no urbanizable (del artículo 319 apartado primero), con lo que queda fuera de consideración la posibilidad de que la legalización pudiera ser equivalente a un indulto del delito de este párrafo.

Ahora bien, para los supuestos del párrafo segundo del artículo 319 (suelo que es absolutamente no urbanizable), cabría preguntarse si, una vez concedida la posterior legalización (obviamente nos estamos refiriendo a que ello se haga sin la previa modificación o adecuación del Plan general de desarrollo urbano) de la obra inicialmente injusta, dicha legalización pudiera ser considerada, en su caso, suficiente y bastante como para integrar a su vez un presunto delito de prevaricación.

6. El párrafo tercero del artículo 319

El párrafo tercero del artículo 319 establece que “en cualquier caso los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo de autor de hecho, la demoli-

ción de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada...”.

Se comprueba, así, que la adopción de la medida de demolición no es una consecuencia derivada del delito. Antes al contrario, se adopta con la finalidad de restaurar el orden urbanístico vulnerado por la realización de la construcción no autorizada o de la edificación no autorizable. Ello significa que solo podrá ser adoptado en los supuestos en que efectivamente se constate que se ha vulnerado el orden urbanístico. En este sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de febrero y de 14 de abril de 2004, después de condenar por un delito urbanístico, señalaban que no era proporcional que se acordara la demolición de lo indebidamente construido, sin perjuicio de que así lo pudiera acordar la Administración municipal competente en el expediente que tenía abierto a tal efecto.

Lo anterior también se debe de concluir necesariamente de la lectura detallada del artículo 339, correspondiente a las Disposiciones Comunes de estos delitos, en el que expresamente ya se dice que estas medidas cautelares lo serán para “la protección de los bienes tutelados en este Título”.

7. El párrafo primero del artículo 320 del Código Penal

7.1. El porqué del castigo del informe previo a la autorización o a la licencia si ya existía el artículo 404

El problema que realmente importa a efectos penales es si el informe puede o no ser considerado una “resolución administrativa” a efectos de aplicar el artículo 404. En concreto, respecto de los informes preceptivos y vinculantes. La respuesta necesariamente ha de ser negativa, pues la resolución implica una declaración de voluntad definitiva, mientras que el informe será siempre la expresión tan solo de un juicio o de un conocimiento que emite quien no tiene capacidad ni poder de decisión para resolver sobre el asunto. Ello supone que la emisión del informe contrario a Derecho no pueda aceptarse como conducta subsumible en el tipo de la prevaricación administrativa y que, por lo tanto, su punición solo se pueda establecer a partir de una incriminación expresa, como la del artículo 320 núm. 1.

7.2. ¿Puede integrar el delito un informe desfavorable pero injusto?

El legislador exige que el informe tenga carácter favorable, siendo atípicas por tanto aquellas conductas que, contrariando las normas, suponen la emisión del informe desfavorable en relación con los proyectos de edificación o con la concesión de las licencias que se someten a la consideración del mismo. Ello es lógico, puesto que el informe desfavorable nunca podrá afectar a la ordenación del territorio.

7.3. ¿Puede integrar el delito un informe que no es vinculante?

Es indiferente a efectos del tipo penal que el informe tenga o no carácter vinculante para quien deba de resolver la solicitud de la licencia. Este extremo tan solo será relevante a efectos de determinar la responsabilidad en que puede incurrir quien en base a dicho informe decida sobre la concesión de la licencia y su posible amparo, en su caso, en un posible error de tipo.

7.4. Aun cuando no sea vinculante, ¿basta con la emisión del informe injusto favorable, o será preciso además que se conceda la licencia en base a dicho informe?

Muchos autores han dicho que se trata de un delito de mera actividad. Esto es, que no precisa de un resultado. O lo que es lo mismo, que daría igual si se concede o no la licencia, pues ello no se exige por el tipo. Según esta postura sería imposible apreciar la comisión en grado de tentativa.

En mi opinión, tal postura no podrá mantenerse por varias razones: en primer término estimo que si no se concede la licencia finalmente, en tal caso, estaríamos ante actos preparatorios de carácter impune, produciéndose la consumación del delito solo cuando dicha obra se estuviera realizando en base a la licencia concedida por virtud del informe favorable ilegal.

De no considerarse así, llegaríamos a una conclusión que sería absolutamente injusta. Es decir, se sancionaría de igual manera, y con la misma pena, la emisión del informe favorable contrario a las normas urbanísticas pero que no tenga repercusión en ninguna actuación posterior lesiva, y el informe que da lugar

a la resolución que conceda finalmente la licencia ilegal, que sí tendría tal repercusión.

Además sería desproporcionado, ya que en la Ley de la función pública se sanciona la emisión de informes ilegales no como falta muy grave, sino solo como falta grave, y tan solo cuando además causen perjuicio a la Administración o a los ciudadanos (artículo 7.1).

Es decir, la emisión de un informe nunca es más que una falta grave, y para ello se requiere además el perjuicio a la Administración o los ciudadanos. Por ello, entender que el artículo 320 sanciona la mera emisión de un informe sin ulteriores exigencias, sería, sin duda, desproporcionado, puesto que se iría por la vía penal más allá de lo que se va por la vía administrativa.

7.5. El particular beneficiado por una licencia injusta, ¿es responsable?

Estimo que si la injusticia de la concesión ha sido fruto de una relación personal, de amistad, o de parentesco, o de cualquier otro motivo bastardo, no será difícil apreciar una inducción a la prevaricación urbanística por parte del particular. Tampoco habrá dificultad en apreciar un concurso con el delito de cohecho si además ha mediado interés o recompensa del particular hacia el funcionario.

No será tan sencilla en cambio la solución en el supuesto –aunque solo imaginable teóricamente– de que el beneficiado por la licencia desconociera que no debían de habérsela concedido. Si tiempo después, tras las correspondientes impugnaciones, es anulado el acto administrativo delictivo, parece evidente que el desconocimiento del carácter delictivo de ese acto no puede ser para el particular título bastante como para transformar esa construcción o edificación en lícita, pues ello equivaldría a colocar el interés del particular por encima del interés general y del propio Derecho Penal. Por lo tanto, lo procedente sería, seguramente, proceder a la demolición, salvando, eso sí, el derecho del ciudadano a emprender las acciones legales por funcionamiento anormal de la Administración.

Si bien para ello será preciso que sea llevado al procedimiento, pues no podrá adoptarse medida alguna que le pudiera perjudicar si no es oído con contradicción en el correspondiente proceso. Algo similar a lo que ocurre con los terceros de buena fe adquirentes de bienes de pertenencia ajena y de origen ilícito.

7.6. ¿Estamos ante un concurso de normas entre el artículo 320 y el artículo 404?

La respuesta necesariamente ha de ser negativa. En efecto, aunque por algunos autores se habla de “prevaricación urbanística” en relación al artículo 320, lo cierto y verdad es que no nos encontramos ante una auténtica prevaricación, por lo que ya dijimos al inicio del estudio de este precepto. Pero, en cualquier caso, quien opinara lo contrario habría de acudir a la aplicación del artículo 320 frente al 404, por dos motivos: en primer extremo por la agravación de la pena. Y en segundo extremo por la especial protección que supone el artículo 320, que es especial (protección de la ordenación del territorio) respecto del artículo 404.

7.7. Relación entre el artículo 320 y el artículo 319

El problema concreto es: ¿qué sucede cuando el funcionario, habiendo emitido un informe favorable ilegal, da lugar a la autorización, también ilegal, de una construcción de las contempladas en el artículo 319? En estos supuestos, de no existir el artículo 320, no cabe duda de que el funcionario respondería como cooperador necesario en el delito cometido por el particular del artículo 319.

Ahora bien, como quiera que la sanción al funcionario público le vendría impuesta por su concreta conducta, al estar esta expresamente prevista en el artículo 320, el funcionario público habría de responder únicamente por este ilícito penal.

7.8. El problema de la pasividad administrativa

La realidad de lo que había sucedido durante estos últimos años había puesto de manifiesto que, sin perjuicio de que se hubiera producido alguna actuación promovida directamente por la Administración, lo más frecuente venía siendo que estos procedimientos se iniciaran a causa de la denuncia de un particular directamente perjudicado por la calificación o la construcción abusiva. Esas pasividades tras la formalización de la denuncia deberían de tener respuesta en el orden penal.

Con anterioridad a la reforma del Código Penal operada por la Ley orgánica 5/2010, no se preveía que

el funcionario público o la autoridad respondieran por su pasividad en esta clase de delitos.

No obstante, a la sanción penal podría llegarse por distintas vías. En efecto, cuando la autoridad administrativa, bien municipal o bien autonómica, hace oídos sordos a cualquier protesta o denuncia de los ciudadanos que exponen la realidad de una actuación urbanística ilegal, podría darse el supuesto contemplado en el artículo 412, párrafo tercero, del Código Penal como delito de denegación de auxilio en que incurre el "funcionario que requerido por un particular para evitar cualquier otro delito no atiende a ese requerimiento".

No obstante, esta calificación choca con una interpretación que estima que este delito está presidido por la idea de "urgencia máxima" en que se produce la situación y la solicitud de actuación, para evitar un mal que sería irreversible.

Otro posible tratamiento, entonces, de estas "apatías administrativas", podríamos encontrarlo en el delito de omisión del deber de impedir determinados delitos que regula el artículo 408 del Código Penal, que castiga "al funcionario o autoridad que faltando a la obligación de su cargo dejare intencionadamente de promover la persecución de delitos de los que tiene noticia".

Antes de la reforma de la Ley orgánica 5/2010, todo ello traía consecuencia de que no existía en estos tipos penales un modelo regulado similar al del artículo 329 (para los delitos contra el medio ambiente), en donde se castiga la omisión del funcionario público o autoridad que, encargado de las labores y servicios de inspección, silencia la información obtenida contraria a las normas administrativas en la materia.

Con la reforma del Código Penal se ha salvado esta laguna definitivamente para los delitos contra la ordenación del territorio.

8. El párrafo segundo del artículo 320

8.1. ¿Es posible la comisión de este tipo sin la emisión del voto favorable?

En el artículo 320 del Código Penal no se contempla la posibilidad de omisión; por tanto, las abstenciones o los votos nulos o en blanco son conductas atípicas, aun cuando se tenga la certeza de que con tal actitud se favorezca la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes.

En cuanto a la abstención, es obvio que quien se abstiene no vota a favor. La laguna de punición se trata de salvar considerando que la misma (la abstención) no debe de ser ampliada equiparando la abstención a la impunidad, ya que aquella, la abstención, es perfectamente compatible con conductas punibles de inducción al voto ajeno o cooperación en el mismo. Incluso puede entenderse que quien debiendo de votar en contra no lo hace, con conciencia de que el sentido de la votación sería por ello favorable a la concesión ilegal, reúne todos los requisitos para la aplicación del artículo 11 del Código Penal; es decir, de la comisión por omisión del delito.

Así podría entenderse de la lectura de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1994 (dictada con ocasión del acuerdo celebrado por una junta de corredores de comercio en que se realiza un acto administrativo denegatorio de un derecho), que señala: "es lógico que todos los que han contribuido con su voto en unidad de acto al acuerdo decisorio respondan personalmente de su contenido y consecuencias".

Pues bien, pese a todo esto, yo me inclino por pensar que el legislador, con la redacción dada al tipo en el Código Penal, ha optado por asumir la misma normativa del ámbito administrativo. En este sentido, el artículo 27.4 de la Ley 30/92 de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común establece: "cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que en su caso pueda derivarse de los acuerdos".

8.2. ¿Se requerirá a efectos de consumación de este delito que se haya llevado a cabo la construcción a que se refiere la concesión; o al menos sin que se haya dictado la resolución administrativa concediendo la licencia ilegal?

Dos son las tesis que se pueden mantener.

Por una parte, podríamos entender que el tipo penal se consuma en el momento de dictar la resolución o de votar a favor de la concesión de la licencia. En tal sentido, como mero delito de actividad, se consumaría aunque no se lleven a cabo las actuaciones autorizadas por la licencia. En definitiva, en caso de voto favorable la conducta sería típica aun cuando la denegación de la concesión lo fuera porque la mayoría vota en contra.

Por otra parte, también podría considerarse que no es responsable el que vota a favor de otorgar la licencia injusta cuando esta no resulta concedida por ser mayor el número de votos en contra de su otorgamiento, y en consecuencia la misma resulta denegada. Es decir, la acción de votar a favor sería atípica si finalmente no se llega a conceder la licencia injusta.

En mi opinión, y de acuerdo con el tenor literal de la norma, quien resuelve o vota a favor de la concesión de la licencia ilegal comete el delito aunque la licencia finalmente sea rechazada. Y ello porque el artículo 320 anticipa la consumación del delito al momento en que el informe o el voto favorable ponga en peligro la ordenación del territorio establecida en las normas urbanísticas. En definitiva, el precepto no exige que se haya de conceder la licencia urbanística. ■