

LOS DELITOS URBANÍSTICOS EN ESPAÑA: LA PROTECCIÓN DISPENSADA POR EL ARTÍCULO 319 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

*Eva María Souto García**

Resumen: La problemática de la protección del territorio ha sido abordada por el legislador penal a partir de la creación de los delitos sobre la ordenación del territorio. El Código Penal de 1995 castiga en su artículo 319 a los promotores, constructores y técnicos directores que edifiquen o construyan en suelo no urbanizable o especialmente protegido. En sus dos apartados el artículo 319 contempla un tipo básico y otro agravado que pretenden reprimir las conductas que suponen los ataques más graves a la ordenación del territorio. Más allá del acierto en relación a la decisión de implicar al ordenamiento penal en estas cuestiones, acontece que la mencionada regulación no está exenta de problemas interpretativos, tales como la concreción del bien jurídico protegido, la naturaleza común o especial de estos delitos o la posibilidad de determinar la demolición de lo construido como medida reparadora del orden territorial perturbado.

Palabras clave: derecho penal, ordenación del territorio, promotor, constructor y técnico director, construcción y edificación, suelo no urbanizable, suelos de especial protección, demolición.

* Licenciada en Derecho, Doctora en Derecho y profesora contratada de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña (España) E-mail: [esoutog@udc.es]. Fecha de recepción: 1.º de junio de 2010. Fecha de modificación: 19 de abril de 2011. Fecha de aceptación: 27 de mayo de 2011.

URBAN CRIME IN SPAIN: THE PROTECTION PROVIDED BY THE SECTION 319 OF THE PENAL CODE

Abstract: The issue of protecting the territory in Spain has been treated by the legislature by creating criminal offenses relating to land management. The Criminal Code of 1995 punished in his art. 319 the developers, construction managers and technicians that construct on undevelopable land or on those which are specially protected. Beyond the success in relation to the decision to involve the criminal law in these matters, it happens that such regulation is not without interpretive problems such as determining the order of protection, the nature of these offenses as special or common types, or the possibility of determining the demolition of the buildings as a remedial measure of territorial order disturbed.

KEYWORDS: criminal law, urban development, developer, construction managers and technical director, building and construction, undevelopable land, special protection for certain types of soil, demolition.

I. INTRODUCCIÓN A LA REGULACIÓN PENAL SOBRE EL URBANISMO

Tal y como se desprende del título que se ha dado a este trabajo, el objeto de estudio que se plantea se centra en el análisis jurídico de los delitos sobre la ordenación del territorio o, si se prefiere, de los más comúnmente conocidos como “delitos urbanísticos”¹. De hecho, y pese a que el Código Penal de 1995 –en adelante CP– no se expresa en estos términos, dicha nomenclatura es la más utilizada en la dogmática penal y en los tribunales de justicia para referirse a los delitos sobre la ordenación del territorio. Es más, incluso los medios de comunicación y la opinión pública en general han hecho suya esta forma de expresarse, ocupando la delincuencia urbanística un elevado número de portadas y titulares de la prensa nacional e internacional. Piénsese, por ejemplo, en los casos de corrupción urbanística en España asociados a la operación Malaya y a Marbella, o el más reciente caso Gürtel². Esta realidad de corrupción urbanística³ pone de

1 Cfr. MARÍA ACALE SÁNCHEZ. “El artículo 319.2: edificación no autorizable en suelo no urbanizable”, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, NORBERTO DE LA MATA BARRANCO (dir.), Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 49.

2 Concretamente sobre la “Operación Malaya” y la corrupción en Marbella cfr. RAFAEL DUARTE MARTÍNEZ. “Normalización del urbanismo en Marbella”, en *Corrupción y urbanismo*, Cuadernos Penales de José María Lidón, n.º 5, Bilbao, Deusto Ediciones, 2008, *pássim*. Cfr., asimismo, JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, ANA MARÍA PRIETO DEL PINO, ALEJANDRA GÓMEZ CÉSPEDES, PER STANGELAND y DIEGO J. VERA JURADO. *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio en la actividad de la Costa del Sol*, Valencia, Tirant lo Blanch-Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, 2004, pp. 85 y ss.

3 Téngase presente que el término “corrupción” no hace solamente referencia a los delitos urbanísticos, sino que la delincuencia en el ámbito de la construcción se sirve de muchos y variados ilícitos tanto penales como administrativos. Se trata pues de un fenómeno criminal que afecta a diversos intereses,

manifiesto que si bien el crecimiento económico y el aumento de la actividad del sector urbanístico son indicadores de la prosperidad de un país, también presentan un lado menos positivo. La vertiente negativa del crecimiento económico está representada por la comisión de delitos que de él se derivan, y que pese a ser cometidos en numerosas ocasiones por personas socialmente bien situadas, tienen la capacidad de provocar daños más cuantiosos que los procedentes de la criminalidad marginal⁴. Se trata además de una criminalidad que en cierto modo no es sancionada moralmente por la sociedad y las Administraciones públicas, lo que hace que se genere una clara actitud de desidia e ineficacia a la hora de aplicar y hacer cumplir la normativa sobre la ordenación del

tanto colectivos como individuales, y en los que se ven implicados tanto autoridades y funcionarios públicos como particulares. Así, es muy común que junto a la comisión de los delitos contra la ordenación del territorio se constate la existencia de cohechos, blanqueo de capitales, delitos de tráfico de influencias, aprovechamiento de la intervención en asuntos públicos o de información privilegiada o de malversación de caudales públicos, entre otros muchos. Incluso, se constata que en este ámbito es donde se cometen un elevado número de delitos contra los derechos de los trabajadores, tráfico ilegal de personas, falsificación de documentos o defraudaciones a la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

- 4 De aceptar esta premisa podría afirmarse que los delitos urbanísticos estarían encuadrados en el sector conocido como Derecho penal económico. De hecho, en el Proyecto de Código Penal de 1980 se les incluía en el título dedicado a los delitos contra el orden socioeconómico. A su vez, podrían identificarse estos tipos penales con la delincuencia de cuello blanco, caracterizada precisamente por tratarse de una delincuencia en la que los sujetos activos poseen un alto nivel de socialización y un elevado estatus social. Un ejemplo de delitos que encajarían en el ámbito del Derecho penal económico sería el delito fiscal o contra la Hacienda Pública. Con todo, para determinar si se trata de un delito económico o no, habrá que partir de un concepto de Derecho penal económico. En este sentido, en este trabajo se parte de la idea de que éste puede ser dividido en dos sectores. De un lado, el Derecho penal económico en sentido estricto y en sentido amplio. El primero de ellos se define como “el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía”, y el segundo como “el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”. Cfr. MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, Civitas, 1978, pp. 36 y ss., cuyo criterio es seguido por un amplio sector de la doctrina penal, como yo misma en *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 50 y ss. De entre estas definiciones, los delitos urbanísticos podrían entrar en la categoría de los delitos económicos en sentido estricto; no obstante, hay que tener presente que la intervención que realiza el Estado sobre la ordenación del territorio no tiene como fin único regular e intervenir en la economía. Por ello, esta opción debe ser rechazada. Sea como fuere, lo que sí puede sostenerse es que se trata de delitos enmarcables en el Derecho penal de la empresa. Este tipo de criminalidad se define como aquella criminalidad que se realiza a través y para la empresa. Así, y aplicando por analogía lo dicho por TERRADILLOS BASOCO en relación con los delitos contra el medio ambiente, los delitos urbanísticos pertenecerían al sector del Derecho penal de la empresa porque aunque no todo delincuente urbanístico responde a la tipología de delincuente de cuello blanco, ni se realiza en el seno de una empresa, no puede desconocerse que las formas más graves de este tipo de conductas se dan en el seno de una actividad empresarial. Sobre el concepto de Derecho penal económico cfr. MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, Civitas, 1978, p. 40. Sobre el concepto de Derecho penal de la empresa puede verse JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO. *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995, p. 16 o BERND SCHÜNEMANN. “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1988, p. 530 o, más recientemente, en *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Buenos Aires, FD Editor, 2004, p. 17.

territorio. Tanto es así, que algún autor ha llegado a calificar a la falta de actuación de las Administraciones públicas como una “vergonzosa complicidad”⁵.

Y si bien es cierto que desde los poderes públicos se proclama el fin general y social que ha de ostentar el suelo, la práctica diaria pone de relieve que se trata de un ámbito dado a la especulación. Y es que el ámbito de la construcción reporta importantes beneficios a los particulares, a la vez que abre las puertas a un blanqueo de dinero de difícil detección⁶.

Si se parte de esta visión, puede decirse que para reprimir este tipo de criminalidad no hace falta sólo una buena ley, sino buena disposición y voluntad por parte de las Administraciones públicas y la sociedad en general. La corrupción en este ámbito es vista como algo natural, aceptada porque su persecución afecta negativamente al desarrollo de la economía del país. Se aprecia claramente una posposición de los valores medio ambiente y ordenación del territorio a los intereses económicos. No parece que, en verdad, los Estados hayan interiorizado la necesidad de proteger las zonas verdes, los espacios naturales, la fauna o incluso el valor paisajístico que aporta la salvaguarda de los intereses mencionados. No ha de extrañar, por tanto, que la sociedad acepte la corrupción como un fenómeno estructural. Si el Estado la permite, con más razón la disculpa una sociedad que ha delegado en su legislador, poder judicial y gobierno la función de velar por los intereses colectivos⁷.

Ya desde un plano estrictamente jurídico, ha de decirse que la familia delictiva de los delitos urbanísticos, compuesta por los artículos 319 y 320 del Código Penal actual, aparece en la legislación española en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 –incluyéndolos, a diferencia de la actual redacción del Código Penal, en el título dedicado a los delitos contra el orden económico–. No obstante, la protección penal de la ordenación del territorio no se haría efectiva hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995. La necesidad de proteger la ordenación del territorio desde la perspectiva del Derecho penal fue ya plasmada por el legislador en el arriba citado Proyecto de 1980, así como en posteriores textos legislativos que no llegaron a tener vigencia, tales como los Proyectos de 1992 o 1994, pero no sería hasta el año 1995 cuando dicha protección lograra alcanzar vigencia. Como explica DE LA CUESTA ARZAMENDI, se trata de una protección penal que se ha hecho, cuanto menos, de rogar⁸.

5 Concretamente cfr. FLOR SÁNCHEZ MARTÍNEZ. “Alcance y límites a la cláusula agravatoria de la responsabilidad de los funcionarios en materia urbanística”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 65, 1998, p. 436.

6 Cfr. LAURA POZUELO PÉREZ. “La delincuencia urbanística”, en *Derecho Penal de la Construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, LAURA POZUELO PÉREZ (coord.), Granada, Comares, 2006, p. 21.

7 Cfr. por todos, JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, ANA MARÍA PRIETO DEL PINO, ALEJANDRA GÓMEZ CÉSPEDES, PER STANGELAND y DIEGO J. VERA JURADO. *Prácticas ilícitas*, cit., pp. 39 y ss.

8 Cfr. JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI. “Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo

El resultado final de los esfuerzos del legislador penal por dar cobertura a la protección de la ordenación del territorio es la redacción de los antes mencionados artículos 319 y 320 del CP, sitos en el Capítulo I del Título XVI del CP. Ya de entrada ha de mencionarse el hecho de que el legislador haya intitulado este Capítulo I como “Delitos sobre la ordenación del territorio”. Dicha nomenclatura ha sido criticada por la doctrina penal, que estima más apropiado el título “Delitos contra la ordenación del territorio”⁹. Para algún autor, incluso, la utilización de la mencionada expresión pone de manifiesto cierta “timidez” por parte del legislador a la hora de introducir estos delitos en el texto penal¹⁰. Parece como si el legislador se viese en la obligación de normar esta materia pero sin saber muy bien cómo articularla y dónde incluirla.

Más allá de estas consideraciones, que pueden compartirse o no, lo que no puede ponerse en tela de juicio es que el legislador ha tipificado dos conductas delictivas que pretenden proteger el ordenamiento territorial. Por un lado, el artículo 319¹¹ contempla la modalidad básica de los delitos urbanísticos, considerándose el apartado primero del mencionado artículo 319 la figura agravada. En el artículo 320 del CP¹² se ha insituido un delito de prevaricación específica en materia de ordenación del territorio¹³.

Código penal de 1995”, *Actualidad Penal*, n.º 15, 1998, marg. 309. En el mismo sentido, y haciendo igualmente un recorrido histórico por los distintos proyectos y anteproyectos, cfr. ELENA GÓRRIZ ROYO. “La construcción en suelos de especial protección y las edificaciones en suelo no urbanizable”, en *La protección de la ordenación del territorio en Galicia*, Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia y Academia Gallega de Seguridad Pública, 2007, pp. 177 y 178.

- 9 Cfr., entre otros, LUIS RODRÍGUEZ RAMOS. “Política criminal y reforma penal. El Anteproyecto de Código Penal de 1992. De los delitos relativos a la ordenación del territorio, al medio ambiente, a la caza y a la pesca”, en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la Memoria de Prof. Dr. Juan del Rosal*, Edersa, 1993, p. 920.
- 10 Cfr. NURIA MATALLANES RODRÍGUEZ. “Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio”, *Revista Penal*, n.º 8, julio, 2001, p. 64.
- 11 “Artículo 319 del CP: 1. Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. 2. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable. 3. En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.
- 12 “Artículo 320 del CP: 1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro 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 su concesión a sabiendas de su injusticia”.
- 13 En el Código Penal de 1995 es posible encontrar varios artículos destinados a sancionar las conductas de prevaricación. En este sentido, el artículo 404, sito en el Título XIX de Delitos contra la administración

Se completa esta regulación de los delitos sobre la ordenación del territorio con la Disposición común del artículo 319.3 del CP, que habilita al juez o tribunal a ordenar la demolición de la obra ilegalmente construida, y las Disposiciones comunes a todo el Título XVI del CP recogidas en los artículos 338¹⁴ y 340¹⁵, en las que se prevé una agravante y una atenuante específicas.

Tal y como se han diseñado los delitos sobre la ordenación del territorio, es obligatorio conocer la normativa administrativa en materia de urbanismo. Más concretamente, se trata de complementar las previsiones en el ámbito administrativo establecidas en la recientemente promulgada Ley 8.ª del 28 de mayo de 2007, del Suelo, y la normativa autonómica existente hasta la fecha. Ha de tenerse presente, además, que la normativa estatal es supletoria de la autonómica, tal y como ha indicado el Tribunal Constitucional en las sentencias del 20 de marzo de 1997 y 11 de julio de 2001.

La difícil distinción entre las conductas sancionadas por una y otra rama del ordenamiento jurídico ha sido criticada por un sector de la doctrina penal. Los principales argumentos que sostienen esta crítica son el quebrantamiento del principio de intervención mínima y la ausencia de merecimiento de pena desde la perspectiva del Derecho penal¹⁶. La posibilidad de que dichas conductas vulneren estos principios tan elementales del Derecho penal ha llevado a la doctrina penal a dedicarle duras palabras al legislador. Así, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ pone en tela de juicio que las conductas descritas en los tipos penales reúnan el contenido mínimo de desvalor para justificar la intervención del Derecho penal¹⁷. En el mismo sentido, y desde la especialidad del Derecho administrativo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ entiende que estos tipos penales ado-

pública, tipifica la conducta genérica de prevaricación cometida por autoridades y funcionarios públicos. Por su parte, en los artículos 320, 322 y 329 se crean tres figuras específicas de prevaricación en el ámbito de los delitos contra la ordenación del territorio, de los delitos contra el patrimonio artístico y de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente respectivamente. Estas figuras genéricas presenta *mutatis mutandi* una redacción idéntica, por lo que en su momento serán analizadas en texto para el desarrollo del análisis del artículo 320 del CP.

- 14 “Artículo 338 del CP: Cuando las conductas definidas en este Título afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas”.
- 15 “Artículo 40 del CP: Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los jueces y tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas”.
- 16 Cfr., por ejemplo, JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. “Introducción. Necesidad y legitimación de la intervención penal en la tutela de la ordenación del territorio”, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, cit., pp. 15 y 16 o, en el mismo libro colectivo, la opinión de ENRIQUE ORTOS BERENGUER, citado por JON MIRENA LANDA GOROSTIZA. “Conclusiones de la mesa redonda: el delito urbanístico en los Tribunales de Justicia”, p. 97. Asimismo, cfr. también NURIA MATALLANES RODRÍGUEZ. “Algunas notas...”, cit., p. 70.
- 17 Cfr. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. “Introducción...”, cit., p. 28, o NURIA MATALLANES RODRÍGUEZ. “Algunas notas...”, cit., p. 60. En contra de esta opinión ELENA GÓRRIZ ROYO. “La construcción...”, cit., p. 175.

leen de una deficiente configuración técnica y que por ello conculcan el principio de intervención mínima¹⁸.

Ha de advertirse, pues, que cuando se aborda un estudio de estas características no es suficiente con remitirse a la legislación penal en materia de ordenación del territorio, sino que, debido a la configuración de estos delitos como normas penales en blanco, es requisito indispensable recurrir a otras ramas del ordenamiento jurídico para comprender el alcance total de aplicación de la norma penal. A diferencia de lo que han hecho otros legisladores, como el italiano o el francés, que han optado por tipificar estas conductas en leyes especiales, el legislador español las ha incluido en el Código Penal y ha recurrido a la técnica de las normas penales en blanco. Se trata de una técnica legislativa basada en la remisión normativa que ha sido y es uno de los aspectos más criticados de la regulación penal de la ordenación del territorio¹⁹ y que, además, conlleva indefectiblemente el recurso a las cuestiones prejudiciales²⁰. Y es que, como indican algunos autores, esta técnica legislativa ha de ser observada con cautela debido a su difícil encaje con el principio de legalidad²¹. En este sentido, son las normas administrativas las que establecen las clases de suelo existentes, sus usos, etc. Por ello, es posible que la interpretación del tipo penal esté condicionada por el contenido de leyes no orgánicas o incluso de disposiciones de rango inferior a la Ley²². Ha de tenerse en cuenta, también, que las remisiones pueden hacerse tanto a la normativa autonómica como a la estatal, hecho que ha generado críticas por parte de los juristas, al ser a veces contradictoria una respecto de la otra. Tanto es así que DEL ARCO TORRES ha llegado a afirmar que, en materia de la ordenación del territorio, España puede convertirse en

18 Cfr. TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Manual de derecho urbanístico*, Madrid, El Consultor, 2000, p. 266.

19 Cfr. al respecto la opinión de JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI. “Delitos relativos a la ordenación del territorio”, cit., marg. 314.

20 Cfr. JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, ANA MARÍA PRIETO DEL PINO, ALEJANDRA GÓMEZ CÉSPEDES, PER STANGELAND y DIEGO J. VERA JURADO. *Prácticas ilícitas...*, cit., p. 70.

21 Cfr., por ejemplo, ENRIQUE ORTS BERENGUER. “El delito urbanístico en los tribunales de justicia”, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, cit., p. 84 o FLOR SÁNCHEZ MARTÍNEZ. “Delitos sobre la ordenación del territorio: el delito urbanístico en el nuevo Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 63, 1997, p. 675. Con todo, ha de advertirse que el recurso a esta técnica legislativa ha sido declarada constitucional siempre que se ajuste a los requisitos establecidos en la STS del 5 de julio de 1990.

22 Lo mismo sucedía con otros delitos previstos en el Código Penal como el tipo penal de quiebra. Y se dice “sucedía” porque este concreto delito fue reformado y se eliminó el recurso a la norma penal en blanco. Así, en el Código Penal de 1944/1973 para definir la conducta típica el legislador remitía al juez penal a la normativa civil y mercantil. Ello creaba una dependencia del tipo penal respecto de la declaración de quiebra por parte del juez civil. Consciente de esta dependencia que desfavorecía la aplicación del delito, el legislador de 1995 eliminó el recurso a la norma penal en blanco y el juez penal es ahora el que, interpretando únicamente el Código Penal, determina si los hechos son constitutivos o no de delito. Cfr. EVA MARÍA SOUTO GARCÍA. *Los delitos de alzamiento...*, cit., p. 31.

un Estado “cuasifederal”, con el peligro que entrañan los desequilibrios territoriales que causa la falta de homogeneidad en las distintas normas²³.

Asimismo, acontece, como consecuencia de la mutabilidad de las normas administrativas, que cuando la norma administrativa cambia, el contenido del tipo penal también lo hace. Y ello puede plantear problemas tan importantes a la hora de aplicar el tipo penal como la determinación de la calificación de un suelo como urbanizable o no urbanizable. Así, un cambio en la norma administrativa sobre la naturaleza del suelo podría llevar a la aplicación retroactiva de la normativa más favorable al sujeto que construyó en suelo en origen inedificable²⁴.

Para concluir este epígrafe ha de resaltarse que, a pesar de la existencia de un amplio conjunto de normas tanto penales como administrativas que regulan la ordenación del territorio, se aprecia en la praxis una escasa tramitación de causas por su incumplimiento. Ello se deriva tanto de lo anteriormente expuesto sobre la permisividad social y política, como también de la falta de recursos económicos y humanos que permitan controlar su cumplimiento²⁵. En materia de ordenación del territorio se reproduce el clásico ejemplo de que en la mente de los gobernantes está la idea de que es más barato recurrir a la norma penal que acalla las reclamaciones sociales, que poner los medios adecuados para que las normas administrativas se cumplan. Con esta afirmación no pretende decirse que no sea necesario implicar al Código Penal en el control del ordenamiento y crecimiento urbanístico, pero ello no puede suplir las necesidades de medios que tanto el ordenamiento penal como el administrativo precisan para garantizar su eficacia.

II. EL ARTÍCULO 319 DEL CP COMO MEDIO DE REPRESIÓN DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA

Si bien el epígrafe anterior proporciona una visión general sobre la regulación penal en materia de ordenación del territorio, es preciso analizar con mayor detenimiento el contenido de esta normativa. Concretamente, en el presente trabajo se ha optado por abordar la problemática que se suscita en torno al artículo 319 del CP.

Como ya se ha comentado, el artículo 319 se compone de tres apartados, en los cuales se han tipificado por el legislador dos conductas delictivas, a la vez que se ha previsto

23 Cfr. MIGUEL ÁNGEL DEL ARCO TORRES. “Prólogo”, en *Derecho penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, cit., p. xx.

24 Cfr. MARÍA ACALE SÁNCHEZ. “Delitos urbanísticos: la confluencia de voluntades delictivas”, en *Nuevas tendencias en el Derecho Penal Económico*, JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO y MARÍA ACALE SÁNCHEZ (coords.), Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2008, p. 180.

25 Cfr. esta idea en LAURA POZUELO PÉREZ. “La delincuencia urbanística”, cit., p. 29.

la posibilidad de que los jueces y tribunales adopten la medida de demolición de la obra ilegalmente construida.

El tipo básico de los delitos contra la ordenación del territorio se corresponde con la conducta tipificada en el apartado 2.º del artículo 319, constituyendo el apartado 1.º la figura agravada. No se trata, por tanto, de figuras autónomas, sino que el apartado 1.º constituye un tipo cualificado en relación con la modalidad delictiva del artículo 319.2 del CP²⁶. Como figura agravada, el delito del artículo 319.1 comparte con la modalidad básica los aspectos referidos al bien jurídico, sujetos pasivo y activo, conducta típica y tipo subjetivo. En ambos casos se trata de figuras dolosas, no admitiéndose la modalidad imprudente. El dolo puede ser, a su vez, directo o eventual²⁷. El hecho de que no se haya tipificado una modalidad de delito urbanístico imprudente ha sido criticado por ciertos autores, pues ello implica que en caso de error, tanto vencible como invencible, la conducta deviene impune²⁸.

A continuación se analizarán estas y otras cuestiones destacando las problemáticas más importantes y las soluciones interpretativas que se consideran más adecuadas.

A. La controvertida cuestión del bien jurídico: posiciones doctrinales y jurisprudenciales

Ante todo, es imprescindible aclarar y fijar un punto de partida desde el que empezar a interpretar el mencionado precepto penal. Para ello debe analizarse el bien jurídico protegido y utilizarlo como criterio de interpretación. Y es en este extremo donde se pone ya de manifiesto la compleja problemática que entraña la interpretación de estos tipos penales, puesto que una de las cuestiones más debatidas en la doctrina y jurisprudencia penales en relación con los delitos urbanísticos es la cuestión del bien jurídico. Si ya de por sí el debate es complejo al no existir unanimidad en la doctrina, ha de añadirse el hecho de que los delitos urbanísticos tienen una corta vida en la legislación española, a la vez que resultan prácticamente inexistentes en las legislaciones penales

26 De esta opinión cfr., entre otros, JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS, ESTEBAN FARRÉ DÍAZ. *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, Valencia, Revista General de Derecho, 1998, p. 79. En contra de esta opinión, y manteniendo la naturaleza autónoma de ambos tipos penales, puede verse ELENA GÓRRIZ ROYO. *Protección penal de la ordenación del territorio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 1200 y 1202.

27 Cfr. ELENA GÓRRIZ ROYO. “La construcción en suelos”, cit., p. 191, CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho penal económico. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2.ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 807; ANTONIO PELEGRÍN LÓPEZ. “Los delitos urbanísticos y la actividad notarial”, en *Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal*, JESÚS JULIÁN FUENTES MARTÍNEZ (dir.), Cizur Menor, Civitas, 2007, p. 114; o MARÍA ACALE SÁNCHEZ. “Delitos urbanísticos”, cit., p. 184.

28 Cfr. FLOR SÁNCHEZ MARTÍNEZ. “Delitos sobre la ordenación del territorio”, cit., p. 680 y 682.

de los países europeos²⁹. A continuación se expone el elenco de las distintas posturas mantenidas por la doctrina y la jurisprudencia.

Es compartido por un amplio sector de la doctrina penal que el bien jurídico protegido en estos delitos es “la ordenación del territorio” o “el uso racional del suelo”. Partiendo de esta premisa, DE LA CUESTA ARZAMENDI expone que la ordenación racional del territorio, y el adecuado reparto y distribución del suelo para sus diversos usos, constituyen un elemento indispensable para asegurar el funcionamiento del sistema social, y posibilita la pacífica participación de los ciudadanos en el mismo de cara a la satisfacción de sus necesidades existenciales y humanas –v. gr. la vivienda–³⁰.

Con todo, y a pesar de ser ésta la tesis mayoritariamente seguida, algunos autores como BOLDOVA PASAMAR³¹ o GÓRRIZ ROYO³² opinan que dicho bien jurídico se revela como excesivamente ambiguo. Concretamente, expone esta última que “el bien jurídico expresado en términos tan genéricos adquiere un sentido excesivamente amplio al ser susceptible de integrar cualquier interés social relativo al gobierno del territorio”. Por esta razón, una parte de la doctrina se ha preocupado de concretar el contenido del bien jurídico de los delitos sobre la ordenación del territorio, o simplemente desecha esta

29 Cfr. ELENA GÓRRIZ ROYO. *Protección penal de la ordenación del territorio*, cit., p. 1191. Asimismo, un estudio de Derecho comparado puede verse en JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI. “Consideraciones acerca de los delitos sobre la ordenación del territorio a la luz del Derecho comparado”, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, cit., *pássim*. A grandes rasgos puede decirse que en Alemania y Austria no es posible encontrar tipos penales que tutelén la ordenación del territorio, pues todas las conductas atentatorias contra este interés jurídico son tuteladas por la normativa administrativa –*Ordnungswidrigkeiten*–. Por lo que se refiere al modelo francés, éste se basa en la tipificación de esta clase de conductas en leyes especiales y en la construcción de un complejo entramado de normas jurídicas de carácter penal y administrativo. Puede decirse, sin embargo, que el modelo italiano sí presenta semejanzas notables en relación con el modelo español de tutela de la ordenación del territorio. El legislador francés no renuncia al uso del Derecho penal como mecanismo de represión de las conductas atentatorias de la ordenación del territorio, si bien ha preferido recurrir a la técnica de las normas penales especiales. Así, el territorio es visto como un recurso natural que ha de protegerse y, ello se hace desde un perspectiva penal que adolece, eso sí, de un elevado carácter formal. Lo que se tutela es el interés de la Administración en el recto desarrollo urbanístico de acuerdo con las leyes. Existen grandes semejanzas con el sistema español en cuanto a la determinación de los sujetos activos o a la técnica sanatoria o convalidación *a posteriori* de las autorizaciones administrativas.

30 Cfr. JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI. “Delitos relativos a la ordenación del territorio”, cit., marg. 310. De idéntica opinión se muestra CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho penal económico...*, cit., p. 805, o íd. “La prevaricación urbanística”, en *La protección de la ordenación del territorio en Galicia*, Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia y Academia Gallega de Seguridad Pública, 2007, p. 207, MIGUEL ESCANILLA PALLÁS. “La responsabilidad de los funcionarios ante los delitos urbanísticos en los tribunales de justicia”, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, cit., p. 224, CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en AA.VV. *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. II, Madrid, Trivium, 1997, p. 3197; o JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA. “El urbanismo como escenario delictivo”, en *Corrupción y urbanismo*, Cuadernos Penales de José María Lidón, n.º 5, Bilbao, Deusto Ediciones, 2008, p. 176.

31 Cfr. MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR. *Los delitos urbanísticos*, Barcelona, Atelier, 2007, p. 84.

32 Cfr. ELENA GÓRRIZ ROYO. *Protección penal de la ordenación del territorio*, cit., p. 580.

tesis y construye una propia. Así, BOLDOVA PASAMAR, siguiendo en parte la idea base de que lo que se tutela es el uso racional del suelo, sostiene que lo que se protege son las funciones sociales que tienen asociadas las distintas clases de suelos³³.

Por otro lado, un grupo de autores identifica el bien jurídico con la protección de la normativa reguladora del urbanismo. Así, LÓPEZ RAMÓN opta por la legalidad de la actividad urbanística como objeto de tutela de los artículos 319 y 340 del CP³⁴. En una línea similar se sitúa DOMÍNGUEZ LUIS, quien describe al bien jurídico como la “actividad urbanística”, o lo que es lo mismo, aquella *actividad* referida a la intervención del ejercicio de las facultades dominicales relativas al suelo y edificación³⁵. En el mismo sentido se manifiestan MARTÍNEZ ARRIETA³⁶, LÓPEZ GARRIDO, GARCÍA ARÁN³⁷, VERDÚ MIRA³⁸ y el propio Tribunal Constitucional en el Auto 395 del 19 de octubre de 2004.

Por su parte, VERCHER NOGUERA también entiende que se protege el normal cumplimiento de las normas administrativas para el uso racional del suelo, si bien puntualiza que en esta definición, y en un sentido amplio, está también incluida la calidad de vida y el hábitat en el que se desenvuelven los seres humanos³⁹. A esta última tesis se adhiere NARVÁEZ RODRÍGUEZ⁴⁰.

Como puede observarse, la configuración del bien jurídico como la salvaguarda de la regulación urbanística cuenta con un elevado número de seguidores; sin embargo, partir de esta configuración del bien jurídico implica otorgar al Derecho penal una mera función de protección del cumplimiento de las normas del sector del Derecho administrativo. De esta forma, se sancionarían desde la óptica penal las desobediencias administrativas, sin proporcionar dato alguno que justifique la intervención penal. En

33 Cfr. MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR. *Los delitos urbanísticos*, cit., pp. 94 y ss.

34 Cfr. FERNANDO LÓPEZ RAMÓN. “Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 151, enero-febrero 1997, p. 54.

35 Cfr. JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS. *Delitos relativos a la Ordenación del Territorio y protección del Patrimonio Histórico, Medio Ambiente y contra la Seguridad Colectiva*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 31 (cursiva fuera de texto); o, también, JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS y ESTEBAN FARRÉ DÍAZ. “Los delitos”, cit., p. 76.

36 Cfr. ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA. “Delito urbanístico”, en *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, p. 179.

37 Cfr. DIEGO LÓPEZ GARRIDO y MERCEDES GARCÍA ARÁN. *EL Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, p. 158.

38 Cfr. ANTONIO TOMÁS VERDÚ MIRA. “Los nuevos delitos contra la ordenación del territorio”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 226, 1996, p. 4.

39 Cfr. ANTONIO VERCHER NOGUERA. *La delincuencia urbanística. Aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio*, Madrid, Colex, 2002, pp. 58 y ss., y 363.

40 Cfr. ANTONIO NARVÁEZ RODRÍGUEZ. “Los delitos sobre ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística”, *Actualidad Penal*, n.º 16, 1997, marg. 357.

este sentido es cierto que en casi todos los delitos el objeto de protección responde a una legalidad previa –v. gr. los delitos de propiedad intelectual, los delitos de alzamiento de bienes, etc.–, y que esa legalidad no ha sido creada por el Derecho penal, sino por otros sectores del ordenamiento jurídico; no obstante, ello no determina que el Derecho penal esté destinado a sancionar su incumplimiento. El Derecho penal no tiene como fin proteger el cumplimiento de la normativa vigente, sino proteger bienes jurídicos penales. En este sentido, los demás sectores del ordenamiento jurídico que han creado la regulación previa también tienen como meta la salvaguarda de valores y bienes que social y jurídicamente tienen relevancia. El Derecho penal ha de proteger esos mismos bienes y valores pero, para justificar la tipificación de las conductas, éstas han de presentar un ataque al bien jurídico que entrañe una mayor gravedad que las conductas sancionadas en la legislación administrativa, civil, mercantil...

Como conclusión a todo lo dicho hasta el momento, no puede aceptarse que lo que se protege con la creación de los delitos sobre la ordenación del territorio sea “la normativa reguladora del urbanismo”, porque ésta no reúne las condiciones necesarias para ser considerada un bien jurídico penalmente relevante. Es más, cuando la regulación administrativa prevé sanciones, lo que está protegiendo no es el mero incumplimiento de sus propias previsiones sino la vulneración a los valores y bienes jurídicos que justifican su existencia⁴¹.

41 En esta línea parece situarse ROMA VALDÉS cuando afirma que lo que se protege no es la normativa administrativa, sino su efectividad. A mi juicio, lo que pretende decir el mencionado autor es que más allá de la protección del cumplimiento de la norma urbanística, lo que se tutela son los valores que motivan su promulgación. De no entenderlo así, habrá que determinar que ROMA VALDÉS participa del sector doctrinal cuya opinión parte de la idea de que lo que se protege es la legalidad urbanística. Cfr. ANTONIO ROMA VALDÉS en JOSÉ LUIS MEILÁN GIL (dir.). *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, p. 836. Por otro lado, y para justificar la idea expuesta en texto, puede decirse que lo mismo sucede con otros tipos penales como, por ejemplo, el delito de insolvencia punible del artículo 259 del CP. En este delito, conocido comúnmente como delito de “favorecimiento de acreedores”, se sanciona al acreedor que, inmerso en un procedimiento concursal, obvia las normas que rigen dicho procedimiento y realiza pagos en contra de las mismas. Según la doctrina penal, lo que se sanciona es el incumplimiento de estas normas; cfr. esta opinión en MIRIAM CUGAT MAURI. “El impacto de la nueva Ley Concursal en el delito de quiebra”, *La Ley*, n.º 5932, 2004, p. 3. No obstante, esta afirmación es cierta y no lo es. Es cierto que el incumplimiento de la normativa del concurso es requisito imprescindible para que se aplique el delito, pero lo que se tutela es el derecho de crédito. Las normas del concurso se basan en el principio *par conditio creditorum*, que no es sino una manifestación del derecho de crédito. En definitiva, la protección del correcto funcionamiento del concurso no es más que una instrumentalización para alcanzar el fin para el que se ha creado el tipo penal, esto es, para proteger el derecho de crédito contra los ataques más graves que contra él se realicen por los acreedores. Cfr. EVA MARÍA SOUTO GARCÍA. *Los delitos de alzamiento...*, cit., p. 33. Y un tanto de lo mismo puede decirse de los delitos de tráfico, pues conducir sin el permiso de conducir o con la pérdida total de puntos supone una infracción de las normas administrativas sobre la circulación, lo cual no implica que el tipo penal no proteja algo diferente al cumplimiento de la normativa administrativa sobre el tráfico rodado. Es evidente que debe proteger algo más, porque de no ser así el mencionado delito sancionaría una mera desobediencia de las normas administrativas. Sobre estos delitos cfr. JORGE GUILLERMO PIPAÓN PULIDO, LUCÍA PEDREÑO NAVARRO y EDMUNDO BAL FRANCÉS.

Por todo ello, asiste la razón a BOLDOVA PASAMAR cuando, con base en los argumentos expuestos, niega la posibilidad de que el bien jurídico protegido se identifique con la protección de la regulación que rige el urbanismo y la ordenación del territorio⁴². Y en esta misma línea se sitúa GÓRRIZ ROYO cuando dice que,

... así como en el delito ecológico no se protege el cumplimiento de las normas administrativas relacionadas con el medio ambiente sino el equilibrio de los ecosistemas naturales, tampoco en *los delitos sobre la ordenación del territorio* se tutela la mera legalidad urbanística, esto es, el cumplimiento de la legislación del suelo, sea estatal, autonómica o local⁴³.

Y un buen ejemplo que permite desvirtuar la validez de un bien jurídico de tal naturaleza viene dado por el tipo penal de prevaricación específica del artículo 320.1 del CP. Tal y como se encuentra redactado el mencionado artículo, se sanciona al funcionario o autoridad pública que emita un informe favorable en contra de la normativa urbanística. No obstante, queda fuera de la órbita del tipo penal el hecho de emitir un informe desfavorable que sea contrario a las normas administrativas que rigen el urbanismo. Parece claro que no se trata de proteger únicamente el cumplimiento de estas normas, pues de ser éste el bien jurídico protegido el legislador también hubiera sancionado esta conducta, cosa que no hace⁴⁴.

En la jurisprudencia también pueden encontrarse ejemplos que desvirtúan la utilidad del bien jurídico, “la normativa en materia urbanística”. Sirva como ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid del 3 de septiembre de 1998 que, aunque no proporciona una definición del bien jurídico tutelado en el artículo 319 del CP, sí específica que la contravención de las normas urbanísticas no lo componen. Esta exclusión permite afirmar que para el tribunal sentenciador el respeto a las normas administrativas en materia urbanística no constituye el bien jurídico tutelado, pues, de serlo, dice el propio órgano jurisdiccional, “la intervención del Derecho penal en este tipo de cuestiones, sería una contravención al propio principio de intervención mínima”.

Los delitos contra la seguridad vial. Análisis práctico y formularios de aplicación, Valladolid, Lex Nova, 2009, pp. 121 y ss.

- 42 Cfr. MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR. *Los delitos urbanísticos...*, cit., p. 86. Esta opinión puede verse en la jurisprudencia en la SAP de Córdoba del 3 de noviembre de 2003, en la que concretamente se dice: “... el bien jurídico protegido no sería la mera infracción formal de la normativa urbanística emanada de la Administración, sino la infracción de dicha normativa en cuanto efectivamente ataque a una ordenación racional del territorio, lo cual implica que, en un sentido más amplio el bien penalmente amparado es la calidad de la vida y el hábitat en el que se desenvuelven los seres humanos”.
- 43 Cfr. ELENA GÓRRIZ ROYO. “La construcción en suelos de especial protección y las edificaciones en suelo no urbanizable”, cit., p. 175 o, f.d. *Protección penal de la ordenación del territorio*, cit., pp. 571 y 572.
- 44 Cfr. M. GÓMEZ TOMILLO. *Urbanismo, función pública y derecho penal*, Granada, Comares, 2000, p. 50 e *infra*. en el epígrafe dedicado a las conductas típicas en el delito de prevaricación del artículo 320.1 del CP.

De no llegarse a esta conclusión el Derecho penal sería un simple refuerzo de la normativa urbanística y los delitos sobre la ordenación del territorio correrían el peligro de ser considerados delitos formales, carentes de contenido material y constitutivos de un mero Derecho penal simbólico⁴⁵. Ha de tenerse presente, además, que cuando se habla de la corrupción urbanística y de la especulación en este ámbito, ésta no siempre se produce porque el Derecho administrativo no sea eficaz y no prevea medidas y sanciones adecuadas, sino que en numerosas ocasiones lo que sucede es que éstas no se utilizan. No se trata, por tanto, de que el Derecho administrativo no tenga validez y fuerza para paliar la situación de corrupción, sino que no se recurre a él⁴⁶. Y claro está que el Derecho penal no tiene por función actuar allí donde no lo hacen las demás ramas del ordenamiento jurídico por su inaplicación. De no respetarse esta premisa, el Derecho penal será utilizado como un mero apuntalamiento de las normas administrativas⁴⁷.

Otro sector doctrinal relaciona el concepto de ordenación del territorio con otros bienes jurídicos. Así, para ACALE SÁNCHEZ ha de atenderse como criterio a los suelos y lugares incluidos en el artículo 319 del CP, sobre los que recaen las conductas típicas. En este sentido, concluye la autora que se tutela un bien jurídico plural, de tal forma que, dependiendo de dónde se efectúen las construcciones o edificaciones, entiende tutelado alternativamente la ordenación del territorio, el medio ambiente o el patrimonio histórico⁴⁸.

GÓRRIZ ROYO, recurriendo al concepto de “medio ambiente urbano”, define el bien jurídico como “la utilización racional del territorio dirigida al logro de un medio ambiente urbano con el que preservar la calidad de vida de sus habitantes”, y más concretamente, “el uso racional del suelo tendente a dotar a este recurso natural del destino que le corresponde según su naturaleza ambiental, paisajística, artística, histórica, cultural, pública, agrícola o forestal”⁴⁹. En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz del 4 de enero de 1999 cuando dice:

45 Cfr. JESÚS BERNAL DEL CASTILLO. “Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Segunda Época, n.º 3, 1999, pp. 14 y 24; ELENA GÓRRIZ ROYO. *Protección penal de la ordenación del territorio*, cit., pp. 572 y 1195, o MARÍA ACALE SÁNCHEZ. “Delitos urbanísticos: la confluencia de voluntades delictivas”, cit., p. 170.

46 Cfr. MARÍA ACALE SÁNCHEZ. “Delitos urbanísticos: la confluencia de voluntades delictivas”, cit., p. 169 y el informe del Defensor del Pueblo andaluz de julio de 2002, sobre las urbanizaciones ilegales en Andalucía, que la autora cita y que está disponible en [www.defensor-and.es].

47 Cfr. NURIA MATALLANES RODRÍGUEZ. “Algunas notas...”, cit., p. 65.

48 Cfr. MARÍA ACALE SÁNCHEZ. *Delitos urbanísticos*, Barcelona, Cedecs, 1997, pp. 301 a 303.

49 Cfr. ELENA GÓRRIZ ROYO. *Protección penal de la ordenación del territorio*, cit., pp. 584 y ss., y 1196, o, íd. “La construcción en suelos de especial protección y las edificaciones en suelo no urbanizable”, cit., p. 176. Cfr. también JESÚS BERNAL DEL CASTILLO. “Delimitación del bien jurídico”, cit., pp. 28 y ss. Sobre la posibilidad de hablar de la implicación de otros bienes jurídicos se manifiesta también NARVÁEZ RODRÍGUEZ cuando, al defender la protección de las normas reguladoras del urbanismo, añade que este bien jurídico está íntimamente relacionado con el valor más amplio de respeto a la calidad de vida y al

... el bien jurídico protegido no es otro que la Ordenación del territorio, pero no la normativa de ordenación del territorio (normativa de carácter administrativo), sino el valor material de ordenación territorial en su sentido constitucional de utilización racional del suelo, orientada a los intereses generales (arts. 45 y 47 de la Constitución); en definitiva, el bien jurídico protegido es la utilización racional del suelo y, en un sentido más amplio, la calidad de vida y hábitat humano, así como la conservación de los recursos naturales.

Por su parte, RODRÍGUEZ RAMOS opina que el bien jurídico implicado sería la calidad de hábitat⁵⁰, en cuya línea se sitúa BLANCO LOZANO cuando asume como interés tutelado la calidad de vida en relación con el hábitat territorial⁵¹. Ocurre, sin embargo, que este bien jurídico presenta nuevamente el problema de su excesiva amplitud e inconcreción. Así, asiste la razón a BOLDOVA PASAMAR cuando afirma que el pretendido bien jurídico “calidad de vida o del hábitat” constituiría como mucho la *ratio legis* de los delitos sobre la ordenación del territorio⁵². Y en la misma línea se sitúa MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, para quien esta caracterización del bien jurídico posee una escasa capacidad de restricción teleológica para acotar el tenor literal de los tipos penales, ya que se trata realmente de una referencia al bien mediato o al objetivo político criminal último que se persigue con su tipificación⁵³. Como se recordará, ésta era la opinión de VERCHER NOGUERA y NARVÁEZ MORENO, para quienes si bien se protege el cumplimiento de las normas administrativas, en un sentido amplio de la definición también se estaría tutelando la calidad de vida.

Llegados a este punto, y expuestas las tesis sostenidas en la doctrina y la jurisprudencia en relación con el bien jurídico, cabe concluir que la que resulta más convincente es la primera de ellas planteada, es decir, aquella que sostiene que el interés legítimamente tutelado es el uso racional del suelo. Las referencias a la calidad de vida o del hábitat han de ser entendidas como parte del bien mediato protegido, pero nunca como bien jurídicamente tutelado. Las consecuencias de esta afirmación son evidentes, ya que la lesión o puesta en peligro ha de ir dirigida siempre al bien protegido en primer lugar y nunca al bien mediato⁵⁴.

hábitat en el que se desenvuelven los seres humanos. Con todo, esta vinculación mediata, deja claro en todo momento que el bien jurídico objeto de tutela en los delitos sobre la ordenación del territorio son las normas que rigen el urbanismo. Cfr. ANTONIO NARVÁEZ RODRÍGUEZ. “Los delitos sobre ordenación del territorio”, cit., marg. 357.

50 Cfr. LUIS RODRÍGUEZ RAMOS. “La protección penal del urbanismo (pautas para criminalizar algunas conductas)”, *Revista de Derecho Urbanístico*, n.º 81, 1983, p. 39. Cfr. en la jurisprudencia las SSAP de Córdoba del 4 de febrero de 2003 y del 3 de noviembre de 2003.

51 Cfr. CARLOS BLANCO LOZANO. *El delito urbanístico*, Madrid, Montecorvo, 2001, p. 34, o FLOR SÁNCHEZ MARTÍNEZ. “Delitos sobre la ordenación del territorio”, cit., p. 673.

52 Cfr. MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR. *Los delitos urbanísticos*, cit., p. 89.

53 Cfr. CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho penal económico*, cit., p. 805.

54 Así sucede en una multitud de delitos del Código Penal. Piénsese, por ejemplo, en los delitos de insol-

B. Los sujetos activo y pasivo del delito

Así configurado el bien jurídico protegido, ha de identificarse al sujeto pasivo del delito como la comunidad⁵⁵. Ha de advertirse, con todo, que a esta misma conclusión llegan los partidarios de las demás posturas sostenidas, tal es la de GÓRRIZ ROYO, pues para la autora

... será la sociedad en general, y en particular la comunidad asentada sobre el ámbito territorial donde se cometen las conductas delictivas y a la que pertenecen los particulares, la que legítimamente ostente la titularidad del bien jurídico-penal ordenación del territorio⁵⁶.

Para la mencionada autora es posible verificar la existencia de un referente individual mediato en el bien jurídico que defiende, ya que como bien jurídico colectivo es posible dotar de relevancia penal implícita a los intereses individuales subyacentes a esta categoría de bien jurídico. En definitiva, y así expresado, cabe concluir que en estos delitos se está ante un bien jurídico perteneciente a la categoría de los bienes jurídico-difusos⁵⁷.

Esta última afirmación no puede, sin embargo, ser compartida en este trabajo, ya que en él no se parte del mismo concepto de bien jurídico que GÓRRIZ ROYO. Por ello, y al identificarse éste con el uso racional del suelo, ha de admitirse que se trata de un bien jurídico colectivo sin carácter sectorial alguno, lo que impide hablar de un referente

encia punible. En dichos delitos se protege en primer término el derecho de crédito que asiste a los acreedores y en segundo término el correcto funcionamiento de la institución del crédito o, si se prefiere, el orden socioeconómico. Cfr. al respecto EVA MARÍA SOUTO GARCÍA. *Los delitos de alzamiento*, cit., pp. 117 y ss.

55 Cfr. CARLOS MÁRTINEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho penal económico*, cit., p. 805.

56 Cfr. ELENA GÓRRIZ ROYO. *Protección penal*, cit., pp. 586 y 1196.

57 Cfr. ELENA GÓRRIZ ROYO. "La construcción en suelos de especial protección y las edificaciones en suelo no urbanizable", cit., p. 176. Ha de indicarse que en el Código Penal es posible encontrar delitos que presentan un bien jurídico de estas características, tales son los delitos contra los consumidores o los delitos contra los derechos de los trabajadores. Asimismo, es posible identificar tipos penales que presentan la estructura inversa, es decir, que protegen directamente bienes jurídicos individuales y que mediatamente tutelan un bien jurídico colectivo. Así sucede, por ejemplo, con los delitos de alzamiento de bienes, los delitos societarios o los delitos de competencia desleal. Junto a ello se encuentra la categoría de los delitos que directa e indirectamente tutelan intereses colectivos sin referente individual alguno, ni mediata ni directamente. Ello acontecería en delitos como el tipo de defraudación a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social. Cfr. estas cuestiones en LUZ MARÍA PUENTE ABA. *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 105; EVA MARÍA SOUTO GARCÍA. *Los delitos de alzamiento*, cit., pp. 117 y ss., PATRICIA FARALDO CABANA. *Los delitos societarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 74, CARLOS MÁRTINEZ-BUJÁN PÉREZ. "Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídicos penales", en *La ciencia del Derecho penal en el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Doc. Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 413 y ss., o JOSÉ DOS REIS BRAVO. *A tutela penal dos interesses difusos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, *pássim*.

individual mediato⁵⁸. Pese a todo, ambas tesis coinciden en identificar al sujeto pasivo del delito como a la comunidad.

Tan controvertida como la determinación del bien jurídico es la cuestión de quién puede ostentar la condición de sujeto activo del delito. En palabras del legislador, estos delitos pueden ser cometidos por los *promotores, constructores o técnicos directores*⁵⁹ que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelo no urbanizable –art. 319.2– o en determinados tipos de suelo especialmente protegidos –art. 319.1–.

Con base en este dictado, un amplio sector de la doctrina, así como numerosas sentencias, califica los tipos penales del artículo 319 como delitos especiales propios⁶⁰. No obstante, no faltan autores que opinan que sólo en el caso de los técnicos directores se está en presencia de un delito de tales características. De esta forma, y tal y como se comparte en este trabajo, en el supuesto de los promotores y constructores el tipo penal se califica como delito común⁶¹. Esta tesis se apoya en la idea de que para ser constructor o promotor no es necesaria cualificación profesional alguna basada en una declaración formal *a priori* de una norma administrativa, o un título o contrato. En realidad, la ley estaría describiendo funciones que cualquier sujeto puede realizar. No acontece lo mismo con los técnicos directores, pues en este caso es preciso la obtención del título académico suficiente que acredite su condición de profesional⁶².

58 De acuerdo con esta opinión se muestra CARLOS MÁRTINEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho penal económico*, cit., p. 805.

59 Cfr. ampliamente la definición de cada uno de estos conceptos en PEDRO RODRÍGUEZ LÓPEZ. *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal*, Barcelona, Bosch, 2007, pp. 102 y ss.

60 Cfr. JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI. “Delitos”, cit., marg. 316, PEDRO RODRÍGUEZ LÓPEZ. *Medio ambiente...*, cit., p. 92; CARLOS BLANCO LOZANO. *El delito urbanístico*, cit., p. 82; MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR. *Los delitos urbanísticos*, cit., p. 105; GABRIEL GARCÍA PLANAS. “El artículo 319.1: construcción no autorizable en suelo no urbanizable”, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, cit., p. 44; en relación con el tipo agravado pero asimilable al tipo básico, JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS en *Delitos*, cit., p. 44, o JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, ANA MARÍA PRIETO DEL PINO, ALEJANDRA GÓMEZ CÉSPEDES, PER STANGELAND y DIEGO J. VERA JURADO. *Prácticas ilícitas*, cit., p. 71; NORBERTO DE LA MATA BARRANCO. “El artículo 320.1 del CP: prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas”, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, cit., p. 139. En la jurisprudencia se pueden cfr. la SAP de Cádiz del 24 de marzo de 2000 o la SAP de Málaga del 19 de enero de 2000.

61 Cfr. CARLOS MÁRTINEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho penal económico*, cit., p. 807. En el mismo sentido puede consultarse ENRIQUE ORTS BERENGUER. “El delito urbanístico en los tribunales de justicia”, cit., p. 86; FRANCISCO MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte especial*, 17.^a ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 513, o MARÍA ACALE SÁNCHEZ. “Delitos urbanísticos, la confluencia de voluntades delictivas”, en *Nuevas tendencias en el derecho penal económico*, cit., p. 190. En esta línea parece situarse también ANTONIO PELEGÍN LÓPEZ. “Los delitos urbanísticos”, cit., p. 101.

62 Cfr. ELENA GÓRRIZ ROYO. *Protección penal*, cit., pp. 1004 y ss., y 1201, o, íd. “La construcción en suelos de especial protección y las edificaciones en suelo no urbanizable”, cit., p. 182. Comparte esta opinión CARLOS MÁRTINEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho penal económico*, cit., p. 809. En la jurisprudencia pueden verse las SSAP de A Coruña del 5 de julio de 1999 y del 7 de marzo de 2000, o la SAP de Baleares del 29 de abril de 2000.

Por lo que respecta a la opinión jurisprudencial, se comprueba el mismo resultado que en la doctrina penal, es decir, se mantienen una y otra postura sobre la condición de los delitos sobre la ordenación del territorio como delitos especiales o comunes. Con todo, en la actualidad el Tribunal Supremo ratifica la última opinión expuesta. Así, en sentencias del 26 de junio de 2001 y 14 de mayo de 2002, el Alto Tribunal se adhiere a la idea de que los delitos del artículo 319 del CP son tipos comunes, a excepción del supuesto del técnico director⁶³. Concretamente, dice en esta última que “el vocablo *promotor* no es técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente y sirve, en el uso habitual, para denotar toda iniciativa de ese género, y no sólo en el ámbito inmobiliario”. Por su parte, la mencionada sentencia del 26 de junio de 2001 se expresa diciendo que “será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación para sí o para su posterior enajenación”. En ambos casos, el Alto Tribunal se apoya en la normativa extrapenal, concretamente en la Ley 38 del 5 de noviembre de 1999, de Ordenación de la edificación, para justificar su posición. En contra de esta tesis se posiciona, sin embargo, BOLDOVA PASAMAR, para quien en este punto la accesividad del Derecho penal respecto del Derecho Administrativo decae⁶⁴, opinión ésta que no se comparte por lo explicado anteriormente en relación a la postura doctrinal sobre este extremo. Por todo lo dicho, y aunque, como sugiere GÓRRIZ ROYO⁶⁵, sería recomendable sustituir la dicción actual del artículo 319 por otra como, por ejemplo, “quienes promuevan, dirijan o lleven a cabo”, lo cierto es que, en ausencia de esta sustitución, parece claro que desde la decisión adoptada por el legislador de 1995 no puede sino asumirse que son las normas administrativas las que definen los conceptos de promotor, constructor y técnico director.

C. Las conductas típicas: desde el tipo básico a la figura agravada

Tal y como se desprende del texto del artículo 319.2, la conducta típica consiste en “llevar a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable”. Es preciso, por tanto, analizar los conceptos de “edificación”, “no autorizable” y “suelo no urbanizable”.

Comenzando por el primero de ellos, ha de aclararse qué se entiende por “edificación”, pues este término puede confundirse con otros tales como el de “construcción”,

63 En la jurisprudencia de los tribunales menores puede consultarse, entre otras, la SAP de Pontevedra del 28 de marzo de 2006, la SAP del Madrid de 14 de marzo de 2006, la SAP de Baleares del 8 de enero de 2004, la SAP de Jaén del 12 de septiembre de 2000, o la SAP de A Coruña del 7 de marzo de 2000. En contra y posicionándose a favor de los delitos contra la ordenación del territorio como tipos especiales propios pueden verse las SSAP de Cádiz del 31 de enero de 2001, 10 de enero de 2000, 2 de noviembre de 1999 y 20 de octubre 1999.

64 Cfr. MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR. *Los delitos urbanísticos*, cit., p. 113.

65 Cfr. ELENA GÓRRIZ ROYO. “Ordenación del territorio: rúbrica Título XVI, artículos 319 y 320”, en *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, FRANCISCO JOSÉ ÁLVAREZ GARCÍA y JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 325.

empleado en el artículo 319.1 para describir la figura agravada. El verbo “edificar” hace referencia a la realización de labores de construcción dirigidas a elevar una obra dedicada a habitación o usos análogos, mientras que el término “construir” no admite finalidades y permite englobar en la conducta típica todas las labores de obra, sea cual sea la finalidad⁶⁶. Por todo ello, cabe concluir que una edificación es una construcción cuya finalidad es la de habitación o función similar. En este sentido resulta que la construcción es el género y la edificación sería la especie⁶⁷. El concepto de construcción es, por tanto, más amplio.

En segundo término, ha de definirse qué se entiende por “suelo no urbanizable”. Para ello es necesario recurrir a lo que se dispone en la Ley 8.^a del 28 de mayo de 2007, del suelo⁶⁸. Según el artículo 12⁶⁹ de la mencionada norma, por suelo no urbanizable ha de entenderse el suelo rural.

En tercer y último término, el vocablo “no autorizable” hace referencia a toda edificación realizada de forma irreconciliable con la normativa urbanística. Será siempre

66 Cfr. ROMÁN GARCÍA FERNÁNDEZ en *Derecho penal administrativo. Ordenación del territorio, patrimonio artístico y medio ambiente*, Granada, Comares, 1997, pp. 69 y ss. En el mismo sentido, GABRIEL GARCÍA PLANAS. “El artículo 319.1...”, cit., p. 38.

67 Cfr. JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS y ESTEBAN FARRÉ DÍAZ. *Los delitos...*, cit., pp. 80 y 137, o PEDRO RODRÍGUEZ LÓPEZ. *Medio ambiente...*, cit., p. 107.

68 Se toma como base esta Ley por su aplicación en todo el territorio nacional, pero ha de tenerse en cuenta, tal y como se señaló en el epígrafe introductorio, que en materia de urbanismo las CCAA tienen competencia legislativa. En las leyes autonómicas también se define el concepto de suelo no urbanizable. Habrá de estarse a lo dispuesto en cada norma, pues tiene preferencia sobre la Ley estatal. Así por ejemplo, en la Ley 9.^a del 30 de diciembre 2002, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia –LOUGA– ha de estarse a lo dispuesto en su artículo 14, del que se extrae como conclusión que el suelo no urbanizable es aquel calificado como urbano, rústico o rural.

69 Artículo 12 de la Ley 8.^a del 28 de mayo de 2007. “Situaciones básicas del suelo. 1. Todo el suelo se encuentra, a los efectos de esta Ley, en una de las situaciones básicas de suelo rural o de suelo urbanizado. 2. Está en la situación de suelo rural: a) En todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística. b) El suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización, y cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el apartado siguiente. 3. Se encuentra en la situación de suelo urbanizado el integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población. Se entenderá que así ocurre cuando las parcelas, estén o no edificadas, cuenten con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística o puedan llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento. Al establecer las dotaciones y los servicios a que se refiere el párrafo anterior, la legislación urbanística podrá considerar las peculiaridades de los núcleos tradicionales legalmente asentados en el medio rural.

una edificación no legalizable, con independencia de la concesión de una licencia municipal de concesión⁷⁰, licencia que de existir es ilegal en todo caso, pues el tipo penal hace referencia a “no autorizable”, esto es, a no conciliable por ningún medio con la normativa urbanística.

En relación con este concepto, GÓRRIZ ROYO no considera obligatorio que el juez de lo penal deba recurrir a las cuestiones prejudiciales devolutivas para determinar el carácter de “no autorizable” o “no urbanizable”⁷¹. Ello facilitará la tramitación de procedimientos penales en este ámbito, pues las cuestiones devolutivas presuponen el paro del proceso penal hasta que se pronuncie la jurisdicción contencioso-administrativa. Y, en apoyo de esta tesis, ha de mencionarse lo expuesto por el Tribunal Supremo en sentencia del 28 de marzo de 2006, en la que el Alto Tribunal ha reafirmado sin reservas la plenitud jurisdiccional del orden penal en materia de urbanismo.

En contra se muestra MUÑOZ CONDE, quien exige acudir a la cuestión prejudicial devolutiva⁷². Y es que, como apunta el autor de una forma a mi juicio acertada, con ello se evitarían contradicciones en el caso de que a la vez que se sucede el proceso penal, se tramite colateralmente un procedimiento administrativo para resolver precisamente este extremo. Aunque ello implique una dilatación del proceso penal, asegura el respeto a la seguridad jurídica.

En cuanto a la figura agravada, en esta ocasión el precepto hace referencia a la conducta típica describiéndola como “llevar a cabo una construcción no autorizada” en determinadas clases de suelo –suelos viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares de reconocido valor paisajístico, ecológico, histórico o cultural–, que son considerados de especial protección.

Cuando se analizó la conducta típica de la modalidad básica ya se adelantó que era preciso distinguir entre el concepto de “construcción” y “edificación”, asumiendo que la primera de ellas no admite límites en su finalidad. Por “construcción” debe entenderse, pues, todo acto que implique una transformación material de los terrenos o espacios sobre los que se realiza –edificios, puentes, presas...–⁷³. Ha de indicarse, además, que quedan fuera de este concepto de construcción los supuestos de labores menores, arreglos o reparaciones leves, o movimientos de tierra sin una finalidad constructiva. No puede decirse que en estos casos se esté en presencia de una construcción⁷⁴.

70 Cfr. JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS y ESTEBAN FARRÉ DÍAZ. *Los delitos...*, cit., p. 133.

71 Cfr. ELENA GÓRRIZ ROYO. *Protección penal...*, cit., p. 1199.

72 Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE. *Derecho penal...*, cit., p. 514. De la misma opinión MARÍA ACALE SÁNCHEZ. “El artículo 319.2...”, cit., p. 69.

73 Cfr. JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS y ESTEBAN FARRÉ DÍAZ. *Los delitos...*, cit., p. 80, o PEDRO RODRÍGUEZ LÓPEZ. *Medio ambiente...*, cit., p. 110.

74 Cfr. PEDRO RODRÍGUEZ LÓPEZ. *Medio ambiente...*, cit., p. 135. En la jurisprudencia puede verse la SAP

Según el tipo penal, la construcción ha de ser calificada como “no autorizada”, en lugar de “no autorizable”, tal y como dice la ley en la modalidad básica del artículo 319.2. Han de excluirse de este concepto las construcciones que puedan ser objeto de legalización en el momento de su realización. De ahí que el término “no autorizada” pase a convertirse en un sinónimo de “no autorizable”⁷⁵. De no entenderse de esta forma se podrían castigar conductas carentes de lesividad para el bien jurídico, pues las construcciones “autorizables”, pero “no autorizadas”, no implican un ataque al bien jurídico penal lo suficientemente grave como para incluirlo en el ámbito de actuación del Derecho penal⁷⁶.

Como puede comprobarse, con todo lo comentado hasta el momento se ha puesto de manifiesto que la construcción o edificación ilegal ha de ser realizada en suelo no urbanizable o en zonas especialmente protegidas. Es precisamente en sede del objeto material donde se aprecian las verdaderas especificidades de este apartado 1.º del artículo 319 en relación con el apartado 2.º. Así, en el tipo básico el objeto material del delito está conformado por el suelo no urbanizable que, como ya se explicó, se asimila al suelo rural. Por su parte, el tipo agravado se refiere a la edificación en suelos que presentan como característica su destino a viales, zonas verdes, su naturaleza de bienes de dominio público o lugares de reconocido valor paisajístico, ecológico, histórico o cultural y otros que por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. Para definir los contornos de unos y otros conceptos hay que recurrir a la normativa administrativa que los rige. Con todo, a grandes rasgos, pueden definirse⁷⁷:

- Los viales, como los usos rotacionales para el transporte y las comunicaciones, es decir, los espacios sobre los que se realizan los movimientos de las personas y los vehículos de transporte, así como los que permiten la permanencia de éstos estacionados;
- Las zonas verdes, como los espacios libres y zonas destinadas a parques y jardines públicos, zonas deportivas de recreo y, en general, las destinadas al ocio, reposo y calidad ambiental;

de A Coruña del 26 de junio de 2001. Según el tribunal, no ha lugar a la aplicación de los tipos penales porque los acusados no llegan a edificar nada –anexan un galpón para ampliar la vivienda–, sino que simplemente amplían una obra ya existente y legal.

75 Cfr. CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho penal económico*, cit., p. 809, o JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS y ESTEBAN FARRÉ DÍAZ. *Los delitos...*, cit., p. 92.

76 Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE. *Derecho penal*, cit., p. 554, o PEDRO RODRÍGUEZ LÓPEZ. *Medio ambiente...*, cit., pp. 111, 112 y 113.

77 Véanse las definiciones en JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS y ESTEBAN FARRÉ DÍAZ. *Los delitos...*, cit., pp. 101 y ss., o PEDRO RODRÍGUEZ LÓPEZ *Medio ambiente...*, cit., pp. 114 y ss. Sobre el concepto de espacios verdes cfr. también RAFAEL CHAVES. “Espacios libres y zonas verdes”, *Cuidad y territorio, Revista de Ciencia Urbana*, 1/73, pp. 37 y ss.

– Los bienes de dominio público –marítimo, terrestre, hídrico, viario, minero...–, como todos los bienes destinados a uso público o a servicio público.

– Por último, para el concepto de lugares de reconocido valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural ha de estarse a lo dispuesto en la normativa que los regula, tal y como se ha mencionado anteriormente.

Más allá de estas definiciones, sobre algunos de estos conceptos pueden realizarse ciertas matizaciones de interés. Así, por ejemplo, cuando se habla de los “suelos destinados a viales o zonas verdes”, ROMA VALDÉS entiende que el tipo penal se refiere a los suelos destinados a viales y no a los viales existentes, dando entrada a aquellos suelos reservados por el planeamiento para esta finalidad aunque físicamente no existan ya que, de existir, integrarían la categoría de bienes de dominio público⁷⁸. En contra de esta opinión, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ afirma, a mi juicio acertadamente, que realmente no es necesario mencionar los suelos destinados a viales o zonas verdes de forma separada de los bienes de dominio público, pues realmente los primeros ya se engloban en el segundo término⁷⁹.

Finalmente, es imprescindible detenerse en la cuestión relativa a la consumación de ambos tipos penales. Así, se puede comprobar que es mayoritariamente aceptado en la doctrina penal que el delito se consuma en cuanto se inician las actividades de construcción, y, en concreto, con las excavaciones previas a la cimentación⁸⁰. Estos delitos se caracterizan, además, por ser tipos penales de efectos permanentes, debido a que la acción se prolonga en el tiempo mientras perdura la construcción o edificación y finaliza cuando ésta termina⁸¹.

En cuanto a la tentativa, ésta es admisible desde el plano conceptual y teórico, si bien más raramente constatable en la práctica. Con todo, constituye un ejemplo de tentativa la conducta del sujeto que, tras haber obtenido la licencia de forma irregular, delimita el terreno mediante mojones y consiguientes parcelaciones y es detenido en ese momento. Otras conductas, sin embargo, como el acopio de materiales o maquinaria para

78 Cfr. ANTONIO ROMA VALDÉS en *Comentarios...*, cit., p. 836.

79 Cfr. CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho penal económico*, cit., p. 809. De la misma opinión se manifiesta GABRIEL GARCÍA PLANAS. “El artículo 319.1...”, cit., p. 40.

80 Cfr. en este sentido CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho penal económico*, cit., p. 808; ELENA GÓRRIZ ROYO. *Protección penal...*, cit., pp. 1075, 1081 y ss., o JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS y ESTEBAN FARRÉ DÍAZ. *Los delitos...*, cit., p. 79, en relación con el apartado 1.º del artículo 319, pero aplicable también a la figura básica. En la jurisprudencia puede verse la SAP de Cádiz del 11 de septiembre de 1998. En contra de esta posición mayoritaria se sitúa PAREDES CASTAÑÓN, para quien el delito se consuma con la finalización de las obras. JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN citado en CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho penal económico*, cit., p. 808. La obra de referencia sería “Los delitos de ordenación del territorio”, *Revista Quincenal de Sentencias*, n.º 8, Pamplona, 2000.

81 Cfr. ELENA GÓRRIZ ROYO. *Protección penal...*, cit., p. 1074. En la jurisprudencia cfr. la SAP de Palencia del 17 de marzo de 1998.

la realización de la futura construcción o edificación, deben ser excluidas de la esfera de la tentativa punible, pues ni siquiera puede considerarse que pongan en peligro el bien jurídico protegido⁸².

D. La demolición como medida potestativa

Cometido alguno de los delitos del artículo 319 del CP, el juez o tribunal podrá, de forma motivada, ordenar la demolición de la obra ilegalmente construida. Con la precisión de esta disposición común se le concede al juez de lo penal la potestad jurídica reintegradora o restablecedora del orden jurídico⁸³. En opinión de algunos autores, tal medida es la que reviste mayor capacidad disuasoria y fuerza de prevención general⁸⁴.

Esta disposición común tiene carácter potestativo. Se aprecia, por tanto, una diferencia importante respecto a la normativa administrativa, pues en ésta la demolición aparece como una medida preceptiva y automática que debe ejecutar la Administración que corresponda (arts. 35⁸⁵ y 52⁸⁶ del Real Decreto 2187 del 23 de junio de 1978, por el que se aprueba el Reglamento de disciplina urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana).

Decretada la demolición, su efectivo cumplimiento corresponde al condenado. En defecto de su actuación, el tribunal adoptará cuantas medidas considere precisas para la ejecución subsidiaria a costa del primero.

En caso de que, ordenada la demolición, este mandato se incumpla, podría dar lugar a la apreciación de un delito de desobediencia del artículo 410 del CP⁸⁷.

82 Cfr. GABRIEL GARCÍA PLANAS. "El artículo 319.1...", cit., p. 46.

83 Cfr. IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. *Demolición por delito. El restablecimiento de la legalidad urbanística en la vía penal*, Granada, Comares, 2009, p. 104.

84 Cfr. PEDRO RODRÍGUEZ LÓPEZ. *Medio ambiente...*, cit., p. 146.

85 Artículo 35 del Real Decreto 2187 del 23 de junio de 1978: "1. Si el Tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa, al dictar sentencia, anulase la licencia, la autoridad que suspendió sus efectos ordenará la incoación de expediente sancionador, al objeto de imponer, si procediera, las multas correspondientes a los responsables y adoptar las demás medidas previstas en este Reglamento. 2. Hasta tanto el Tribunal no dicte sentencia, continuará, en su caso, la paralización de las obras, que serán demolidas cuando la autoridad competente lo acuerde, si la sentencia anulase la licencia. 3. Tratándose de licencia u orden de ejecución que autorizase una demolición indebida, anulado el acto administrativo en vía jurisdiccional, la autoridad que suspendió sus efectos".

86 Artículo 52 del Real Decreto 2187 del 23 de junio de 1978: "En ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal. Las sanciones por las infracciones urbanísticas que se aprecien se impondrán con independencia de dichas medidas".

87 Artículo 410 del CP: "1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo

Asimismo, puede suceder que el órgano jurisdiccional convenga la no demolición. Ello puede acontecer cuando la demolición implique un resultado más gravoso que el mantenimiento de la obra ilegal. En tal caso procedería recurrir al comiso. Esta medida de comiso puede ejecutarse sobre todas las ventajas patrimoniales obtenidas con la comisión del delito, cualesquiera que hayan sido las transformaciones que se hubieren podido experimentar. Por ello, podrán decomisarse tanto el dinero proveniente de la venta de un edificio como los bienes adquiridos con ese dinero⁸⁸. En el caso de que las ganancias no pudieran ser sometidas a comiso –v. gr. porque se han puesto a nombre de otro o se encuentran en cuentas de difícil acceso–, procede, conforme a lo dispuesto en el artículo 127.2 del CP⁸⁹, decomisar otros bienes del autor por un valor semejante al de las ganancias. Y tanto éstos como los bienes obtenidos del comiso de las ganancias deben ser vendidos, empleándose lo obtenido para cubrir la responsabilidad civil derivada de la perpetración del delito.

Ha de señalarse, además, que la demolición de la obra no impide la exigencia de responsabilidades civiles al autor del delito o a los responsables civiles subsidiarios.

Para terminar, ha de indicarse que la previsión de la demolición como medida potestativa para estos delitos puede plantear problemas con la aplicación de la atenuante de reparación, haciéndola inoperante.

III. LA POSIBLE REFORMA EN MATERIA DE URBANISMO

El presente trabajo quedaría incompleto si no se hiciese mención a la posible reforma que estos delitos pueden sufrir en 2010. Y es que, el 28 de abril de se publicó en el *Boletín Oficial* de las Cortes Generales un proyecto de ley para la reforma del Código Penal. Entre los delitos que pueden llegar a ser modificados se encuentran precisamente los relativos a la ordenación del territorio. Si se observa el texto de reforma del artículo 319, podrá comprobarse que los cambios fundamentales se refieren a las penas que han de imponerse en caso de que se cometa el ilícito penal, endureciéndolas de forma significativa⁹⁰. Así, se incrementan notablemente las penas de prisión, multa e inha-

de seis meses a dos años. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general”.

88 En cuanto a la cuantía de lo decomisado, POZUELO PÉREZ entiende que el criterio de determinación debería ser el valor de la obra finalmente construida, y no el valor del suelo antes de realizar la obra ilegal. Cfr. LAURA POZUELO PÉREZ. “La delincuencia urbanística...”, cit., p. 68.

89 Artículo 127.2 del CP: “Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho”.

90 Reforma prevista del artículo 319 del CP: “1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses

bilitación especial para profesión u oficio tanto para el tipo básico como el agravado. Sobre este extremo ha de indicarse que tanto la elevación de la pena de multa como la del tiempo de inhabilitación profesional han de considerarse un acierto. Como señala POZUELO, la pena de inhabilitación es una medida muy adecuada para prevenir este tipo de conductas, pues ha de tenerse presente que los autores de estos tipos delictivos suelen ser profesionales de la construcción⁹¹. Y en cierto modo, puede decirse lo mismo de la pena de multa, pues la pena económica puede resultar más persuasiva en estos delitos que la pena privativa de libertad. En cuanto a esta última, su eficacia preventiva todavía está por demostrar.

Otro de los cambios propuestos por el legislador consiste en la sustitución del vocablo “no autorizada” por “no autorizable” en el tipo agravado. Ello pone de manifiesto el acierto en la tesis antes propuesta de que el primero ha de entenderse como un sinónimo del segundo.

Y, finalmente, ha de hacerse referencia a la inclusión de un concepto nuevo en el dicado del artículo 319 del CP, pues junto a los términos construcción y edificación se menciona a las obras urbanísticas. Dice el legislador que éstas, cuando son clandestinas o fraudulentas, tienen incluso efectos más dañinos que las construcciones o edificaciones ilegales. Sobre esta ampliación de la conducta típica no puede opinarse sobre su conveniencia o no, pues dicho concepto está todavía por determinar. Acerca de lo que sí puede opinarse es sobre la forma de legislar, pues si tan importante es esta inclusión debería justificarse de una forma más clara. En este sentido, el legislador sólo se ha alabado a sí mismo por la mencionada inclusión, pero no se ha preocupado de decir el por qué. Ha de esperarse a que la jurisprudencia y la doctrina doten de contenido a este concepto. Sólo así se podrá comprobar si estas “obras de urbanización” son realmente algo distinto a la edificación o construcción y si efectivamente están dotadas de una verdadera capacidad para agredir el bien jurídico protegido en estos delitos.

a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triple del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengas legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. 2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad montante en cuyo caso la multa será del tanto al triple del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable”.

91 Cfr. LAURA POZUELO PÉREZ. “La delincuencia urbanística...”, cit., p. 28.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. “El artículo 319.2: edificación no autorizable en suelo no urbanizable”, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, NORBERTO DE LA MATA BARRANCO (dir.), Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. “Delitos urbanísticos la confluencia de voluntades delictivas”, en *Nuevas tendencias en el derecho penal económico*, JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO y MARÍA ACALE SÁNCHEZ (coords.), Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2008.

BLANCO LOZANO, CARLOS. *El delito urbanístico*, Madrid, Montecorvo, 2001.

BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL. *Los delitos urbanísticos*, Barcelona, Atelier, 2007.

CHAVES, RAFAEL. “Espacios libres y zonas verdes”, *Ciudad y territorio, Revista de Ciencia Urbana*, 1/73.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS. “Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995”, *Actualidad Penal*, nº 15, 1998.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS. “Consideraciones acerca de los delitos sobre la ordenación del territorio a la luz del Derecho comparado”, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, NORBERTO DE LA MATA BARRANCO (dir.), Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO. “El artículo 320.1 del CP: prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas”, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, NORBERTO DE LA MATA BARRANCO (dir.), Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DÍEZ RIPOLLÉS JOSÉ LUIS; ANA MARÍA PRIETO DEL PINO, ALEJANDRA GÓMEZ CÉSPEDES, PER STANGELAND y DIEGO J. VERA JURADO. *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio en la actividad de la Costa del Sol*, Valencia, Tirant lo Blanch e Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, 2004.

DOMÍNGUEZ LUIS, JOSÉ ANTONIO y ESTEBAN FARRÉ DÍAZ. *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, Valencia, Revista General de Derecho, 1998.

DOMÍNGUEZ LUIS, JOSÉ ANTONIO en *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva*, Barcelona, Bosch, 1999.

DUARTE MARTÍNEZ, RAFAEL. “Normalización del urbanismo en Marbella”, en *Corrupción y Urbanismo*, Cuadernos penales de José María Lidón, nº 5, Bilbao, Deusto Ediciones, 2008.

ESCANILLA PALLÁS, MIGUEL. “La responsabilidad de los funcionarios ante los delitos urbanísticos en los Tribunales de Justicia”, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, NORBERTO DE LA MATA BARRANCO (dir.), Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

GARCÍA FERNÁNDEZ, ROMÁN en *Derecho penal administrativo. Ordenación del territorio, patrimonio artístico y medio ambiente*, Granada, Comares, 1997.

GARCÍA PLANAS, GABRIEL. *El delito urbanístico. Delitos relativos a la ordenación del territorio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

GARCÍA PLANAS, GABRIEL. “El artículo 319.1: construcción no autorizable en suelo no urbanizable”, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, NORBERTO DE LA MATA BARRANCO (dir.), Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

GIMÉNEZ GARCÍA, JOAQUÍN. “El urbanismo como escenario delictivo”, en *Corrupción y Urbanismo*, Cuadernos Penales de José María Lidón n.º 5, Bilbao, Deusto Ediciones, 2008.

GÓRRIZ ROYO, ELENA. *Protección penal de la ordenación del territorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GÓRRIZ ROYO, ELENA. “La construcción en suelos de especial protección y las edificaciones en suelo no urbanizable”, en *La protección de la ordenación del territorio en Galicia*, Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia y Academia Gallega de Seguridad Pública, 2007.

GÓRRIZ ROYO, ELENA. “Ordenación del territorio: rúbrica Título XVI, artículos 319 y 320”, en *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, FRANCISCO JOSÉ ÁLVAREZ GARCÍA y JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA. “Conclusiones de la mesa redonda: el delito urbanístico en los Tribunales de Justicia”, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, NORBERTO DE LA MATA BARRANCO (dir.), Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

LÓPEZ GARRIDO, DIEGO y MERCEDES GARCÍA ARÁN. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996.

LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO. “Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* n.º 151, enero-febrero de 1997.

MARTÍNEZ ARRIETA, ANDRÉS. “Delito urbanístico”, en *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS. “Responsabilidad penal de los peritos”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º XXIII, Santiago de Compostela, 2002.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS. “La prevaricación urbanística”, en *La protección de la ordenación del territorio en Galicia*, Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia y Academia Gallega de Seguridad Pública, 2007.

MUÑOS CONDE, FRANCISCO. *Derecho penal. Parte especial*, 17.ª ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Los delitos sobre ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística”, *Actualidad Penal* n.º 16, 1997.

ORTS BERENGUER, ENRIQUE. “El delito urbanístico en los Tribunales de Justicia”, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, NORBERTO DE LA MATA BARRANCO (dir.), Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

PELEGRÍN LÓPEZ, ANTONIO. “Los delitos urbanísticos y la actividad notarial”, en *Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal*, JESÚS JULIÁN FUENTES MARTÍNEZ (dir.), Cizur Menor, Civitas, 2007.

POZUELO PÉREZ, LAURA. “La delincuencia urbanística”, en *Derecho Penal de la Construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, LAURA POZUELO PÉREZ (coord.), Granada, Comares, 2006.

REIS BRAVO, JOSÉ DOS. *A tutela penal dos interesses difusos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, PEDRO. *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal*, Barcelona, Bosch, 2007.

RODRÍGUEZ RAMOS, JOSÉ LUIS. “Política criminal y reforma penal. El Anteproyecto de Código Penal de 1992. De los delitos relativos a la ordenación del territorio, al medio

ambiente, a la caza y a la pesca”, en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la Memoria de Prof. Dr. Juan del Rosal*, Edersa, 1993.

ROMA VALDÉS, ANTONIO *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia*, JOSÉ LUIS MEILÁN GIL (dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2009, pp. 805 a 860.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, FLOR. “Alcance y límites a la cláusula agravatoria de la responsabilidad de los funcionarios en materia urbanística”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 65, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

SOUTO GARCÍA, EVA MARÍA. *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

VERCHER NOGUEIRA, ANTONIO. *La delincuencia urbanística. Aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio*, Madrid, Colex, 2002.

VERDÚ MIRA, ANTONIO TOMÁS. “Los nuevos delitos contra la ordenación del territorio”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 226, 1996.