

EL DELITO DE EDIFICACIÓN NO AUTORIZABLE EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

CARLOS BLANCO LOZANO*

I. REGULACIÓN LEGAL

EL TIPO de delito sobre la ordenación del territorio consistente en la edificación no autorizable se encuentra previsto en el apartado 2 del artículo 319 del Código penal español, concretamente en los siguientes términos:

“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 suelo no urbanizable”.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Tomando como premisa ponderativa que el bien jurídico protegido en los delitos sobre la ordenación territorial (Capítulo I del Título XVI, Libro II CP) tiene un carácter material, se ha venido a considerar que el objeto en tal contexto tutelado no es otro que, como señala Mora Alarcón, “nuestro patrimonio urbanístico”¹. Otra opinión doctrinal, que duda de la necesidad y eficacia de la vía penal en la esfera urbanística, viene a considerar que en esta sede se tutela la correcta ordenación del territorio, evitándose así abusos que afecten a intereses generales, cuales son el disfrute público de zonas verdes, las condiciones del tráfico rodado, etc.².

Asimismo a favor de un *contenido sustancial* del bien jurídico protegido en estos delitos, se ha considerado que el mismo lo constituyen: a) la ordenación *racional* del territorio; b) el *adecuado reparto y distribución* del suelo *en función de sus diversos usos*; c) y todo ello, en cuanto *elemento integrante de los complejos sistemas sociales en los que actualmente vivimos*, operando a modo de factores indispensables para el buen funcionamiento de los

*Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla, España.

¹Así, MORA ALARCÓN, *Suma de Derecho penal, Parte general y especial*, 1996, p. 495.

²Por todos, SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal, Parte especial*, 4ª edic., con la colaboración de SERRANO MAILLO, 1999, p. 560.

mismos y para facilitar la pacífica participación de los ciudadanos en tales sistemas, a fin de lograr así la satisfacción de sus necesidades existenciales y humanas³.

Desde esta perspectiva, bien puede afirmarse que el urbanismo, considerado a modo de objeto de la tutela penal, se halla dotado de un cierto *carácter antropocéntrico*, por cuanto en él se vienen a englobar circunstancias, condiciones y factores referentes al hombre en cuanto que le vinculan con el medio en que se desenvuelve, *haciendo de la tierra y del suelo su eje operativo*⁴.

Tampoco faltan opiniones que entienden, por contra, que nos encontramos ante tipos *formales* de delito⁵, por cuanto lo que en suma se tutela específicamente bajo la rúbrica *De los delitos sobre la ordenación del territorio* no viene a ser más que la mera, en palabras de Boix Reig, “normativa reguladora de la ordenación del territorio”⁶, o expresado en otros términos, la *regulación administrativo-urbanística*⁷. Así, el bien jurídico protegido en las diversas modalidades típicas de delito urbanístico (arts. 319 s. CP) sería el interés que representa el cumplimiento de la ordenación territorial normativamente establecida⁸.

Desde tales bases axiológicas, se concluye que de lo que se trata penalmente es de *velar por el respeto a las limitaciones legales o reglamentarias* establecidas al respecto, sancionándose en consecuencia las infracciones cometidas contra *los controles y pautas legales administrativas* que rigen en la materia⁹.

A nuestro modo de ver, para el desarrollo de la cuestión propuesta, debe partirse del incuestionable dato de que nos hallamos ante un bien jurídico de titularidad colectiva, como se desprende de los arts. 47 y 45 de la Constitución española, y más concretamente —recurriendo a la reiteradamente citada terminología *sgubbiana*— de un *interés difuso*, esto es, de un bien público de elevada relevancia social y en cuya salvaguarda se encuentran interesadas todas las esferas de la población. Ello supone, obviamente, una seria dificultad a la hora de concretar y definir en términos concisos el bien jurídico tutelado en el delito urbanístico. En todo caso, entendemos que los posicionamientos al respecto que parten de una consideración puramente *formal* de los tipos de referencia, y por tanto, del bien jurídico protegido por ellos, carecen de una sustantividad propia en la particular esfera penal, resultando reiterativos y por tanto inadecuados si se atiende al hecho de que ya existía previamente una legislación administrativa reguladora de la ordenación territorial, a la que se remiten tales opiniones doctrinales sin más consideraciones.

De ahí, y en virtud de estas razones expuestas, que nos adhiramos al posicionamiento doctrinal que aboga por una concepción material del objeto tutelado en esta parcela punitiva.

³DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Protección penal de la ordenación del territorio y del medio ambiente*, cit., p. 885.

⁴CARMONA SALGADO, en COBO DEL ROSAL (dir.), CARMONA SALGADO/GONZALEZ RUS/MORILLAS CUEVA/POLAINO NAVARRETE/PORTELLA CONTRERAS/SEGRELLES DE ARENAZA, *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, t. II, 1997, p. 19.

⁵Cfr. VERCHER NOGUERA, *La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio*, en *La Ley*, 1997, pp. 638 ss.

⁶Así se pronuncia BOIX REIG, en VIVES ANTON/BOIX REIG/ORTS BERENGURER/CARBONELL MAITEU, *Derecho penal. Parte especial*, 2.ª edic., revisada y actualizada conforme al Código penal de 1995, 1997, p. 570.

⁷Cfr. BARRIENTOS PACHO, *Delitos relativos a la ordenación del territorio*, en *La Ley*, núm. 4172, 1996, p. 3.

⁸MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 14.ª edic., 2002, p. 486.

⁹Cfr. GARCÍA ARAN/LÓPEZ GARRIDO, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador (Comentarios al texto y debate parlamentario)*, 1996, p. 158.

En consecuencia, el bien jurídico protegido en el ámbito de referencia para nosotros no es otro que el *urbanismo*, entendiéndolo por este a tal efecto: aquel sector de la ordenación del territorio que viene a cumplir las siguientes funciones: a) creación, mantenimiento y mejora de los núcleos de población. b) ordenación y gestión jurídica de las actividades de planeamiento territorial, régimen del suelo, ejecución de construcciones y edificaciones, etc. c) y ello con la finalidad específica de hacer posible la vida en común de los hombres en una sociedad urbana.

Y es que, en definitiva, entendemos que el bien jurídico-penal urbanismo equivale a calidad de vida en relación con el hábitat territorial¹⁰.

III. SUJETOS

I. SUJETO ACTIVO

A) *Consideraciones generales*

La figura penal objeto del presente comentario hace concreta y exclusiva referencia, en cuanto sujetos activos del delito, a los *promotores, constructores y técnicos directores*. La primera duda que se suscita con esta alusión legal exclusiva y exhaustiva a los promotores, constructores y técnicos directores en cuanto sujetos activos, es la de si nos hallamos ante un delito común o bien ante un delito especial, y en este último caso, si se trata de un delito especial propio o bien impropio.

A este respecto, resulta conveniente primeramente sentar las bases de tales conceptos. Así, son *delitos comunes* aquellos en los que cualquier persona puede ser sujeto activo de los mismos, dado que la referencia típica al mismo suale encabezarse con un genérico "el que..."¹¹. Tal es el caso, por ejemplo, del delito de homicidio (art. 138 CP). Por contra, son *delitos especiales propios* aquellos en los que el sujeto activo aparece configurado en la descripción típica como una persona especialmente caracterizada en virtud de una específica cualidad que ostenta¹². Este sería el caso que nos ocupa, ya que el parágrafo en comentario habla exclusivamente de *promotores, constructores y técnicos directores* en cuanto sujetos activos de tal delito. Finalmente, son *delitos especiales impropios* aquellos que, en un sentido en cierto modo ecléctico entre las dos modalidades pero si ésta ostenta una especial cualidad la pena prevista es distinta, generalmente superior bien por razones de un mayor contenido de injusto personal, bien por motivos político-criminales de prevención general¹³.

Así pues, parece claro que nos hallamos ante un delito especial propio, por cuanto no puede ser cometido por *cualquier persona*¹⁴, sino sólo por aquellas que ostenten la especial cualidad profesional de *promotores, constructores o técnicos directores*, aunque ello, claro está, con independencia de que por vía de aplicación de las reglas legales de autoría

¹⁰Similar opinión es la mantenida por RODRÍGUEZ RAMOS, *La protección penal del urbanismo (Pautas para criminalizar algunas conductas)*, 1984, p. 39.

¹¹BGH 31, p. 276.

¹²Así, OLG Hamburg, en *NfW*, 1984, p. 625.

¹³LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 162 s.

¹⁴ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre, Eine Einführung*, 1985, p. 84.

y participación (arts. 27 ss. CP), se puede llegar a sancionar por la comisión de este delito urbanístico a un sujeto particular que no ostente tales cualificaciones profesionales (por ejemplo a un inductor –art. 28 CP, párr. 29, letra b–). Más específicamente aún, se trataría de un delito especial propio en su modalidad de propia mano, esto es, que el tipo presupone un acto de ejecución corporal o al menos, y será lo más frecuente en este caso, personal, que debe realizar el propio autor¹⁵.

Nuestra jurisprudencia penal en materia urbanística, ahora bien, no se muestra unánime a este respecto, aunque conviene hacer notar que son bastante mayores en número las resoluciones judiciales que abogan por la interpretación que nosotros defendemos, esto es, la de la consideración del delito urbanístico cometido por particular en cuanto delito especial propio.

Así, entienden que se trata de un delito de esta clase, esto es, que sólo puede ser cometido por aquellos sujetos que ostenten las condición profesional de *promotores, constructores o técnicos directores*, un importante número de Sentencias¹⁶.

Por contra, otras Sentencias¹⁷, en número más reducido, entienden que se trata de un delito común, o lo que es lo mismo, que puede ser cometido por cualquier persona aun cuando no ostente las antedichas cualificaciones profesionales (vulnerando con ello en nuestra opinión el principio de legalidad penal en su vertiente de interpretación taxativa del tipo). Eclécticamente al respecto, en cuanto a no exigir *profesionalidad*, pero sí técnicas o especiales habilidades en el sujeto activo de cara a la *construcción o promoción urbanística*, se pronuncia también alguna resolución judicial¹⁸.

En cualquier caso, y a pesar de las dudas jurisprudenciales, no deja de parecer bastante claro que nos hallamos ante un delito especial propio, por lo que procede analizar las concretas cualidades profesionales alternativamente exigidas por el tipo en cuanto definitorias del sujeto activo del delito¹⁹.

Tales cualidades son, como hemos visto, las de *promotor, constructor o técnico director*, y ello, obviamente, en referencia a la esfera urbanística²⁰. No nos hallamos en este caso, conforme al tenor literal del núm. 2 del art. 319 CP, ante una remisión normativa en forma de norma penal en blanco, ya que a la hora de incrustar tales conceptos en el tipo, el legislador no se ha remitido expresamente a la correspondiente normativa administrativo-urbanística en la materia, por lo que en realidad nos encontramos ante conceptos jurídicos indeterminados²¹ cuya interpretación y concreción corresponde al libre criterio valorativo

¹⁵SCHALL, *Auslegungstragen zu parágr. 179 StGB usw.*, en JuS, 1979, p. 106.

¹⁶En tal sentido, Sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid de 1 de diciembre de 1998, de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 25 de enero de 1999, de la Audiencia Provincial de Girona de 24 de septiembre de 1999, de la Audiencia Provincial de Málaga de 19 de enero de 2000, y las de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 1998, 4 de enero de 1999, 28 de mayo de 1999, 31 de mayo de 1999, 7 de junio de 1999, 23 de junio de 1999, 22 de septiembre de 1999, 13 de octubre de 1999, 20 de octubre de 1999, 2 de noviembre de 1999, 11 de noviembre de 1999, 9 de diciembre de 1999, 10 de enero de 2000, 24 de enero de 2000, 25 de enero de 2000, 3 de febrero de 2000, 9 de febrero de 2000, 16 de febrero de 2000, 17 de febrero de 2000 y 24 de marzo de 2000, entre otras.

¹⁷Tales son, por ejemplo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz de 11 de septiembre de 1998, de la Audiencia Provincial de Palencia de 31 de diciembre de 1998, de la Audiencia Provincial de Baleares de 29 de abril de 2000, y de la Audiencia Provincial de La Coruña de 5 de julio de 1999, entre otras.

¹⁸Por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 5 de mayo de 2000.

¹⁹Cfr. MARTÍN HERNÁNDEZ, *Las personas responsables de las infracciones urbanísticas*, en RDU, núm. 81, 1983, pp. 97 ss.

²⁰Vid. SOTO VAZQUEZ, *De nuevos los delitos urbanísticos*, en BU, 5 de marzo de 1996, B-12/266.

²¹Vid. KINDAUSER, *Robe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale*, en Jura, 1984, pp. 474 s.

del juez o Tribunal penal en cada caso concreto, de manera que las pautas marcadas al respecto por la normativa administrativa sobre ordenación territorial no tiene sobre este punto un carácter vinculante para el juzgador penal, sino meramente informador²².

B) *El promotor*

La jurisprudencia civil del Tribunal Supremo, en relación con la aplicación del art. 1.591 CC²³, refiere a este respecto que no existe una definición legal de carácter general de la figura del *promotor* urbanístico, si bien en la práctica de la construcción urbanística sí está plenamente consolidada y, por tanto, es de general uso tal denominación. En tal sentido, sería *promotor* "la persona física o jurídica que promueve u organiza la construcción del inmueble y termina por comercializarlo" (SSTS de 20 de junio de 1985, 29 de junio de 1987, 19 de diciembre de 1989 y 31 de marzo de 1992).

Partiendo de tales bases definitorias jurisprudenciales, la doctrina urbanística viene definiendo al promotor en términos diversos. Así, Martín Hernández habla de la "persona titular de la actuación en el aspecto jurídico y económico, la cual no tiene que coincidir necesariamente con la figura del propietario en cuyos terrenos se actúa"²⁴. García Conesa, por su parte, entiende que es promotor aquella "persona física o jurídica, pública o privada, que organiza la edificación de todo tipo de viviendas (y/o locales de negocio), bien para su venta a terceras personas o para sus asociados, localizando solares, buscando capitales, poniendo en conexión a sus propietarios con constructores e inversores y facilitando compradores, entre otras actividades"²⁵. También el autor últimamente citado se refiere a "aquel *comitente*"²⁶ que promueve un proyecto de nueva planta, cuya ejecución encomienda a un tercero (constructor o contratista) para, una vez finalizado, introducirlo en el mercado de venta o alquiler"²⁷.

En el ámbito de la legislación administrativo-urbanística autonómica también existen algunas pautas al respecto, aunque con notables diferencias definitorias entre las diversas Comunidades Autónomas españolas. Así, por ejemplo, el art. 41.3 de la LDU de la Comunidad de Madrid considera *promotor* "al propietario del suelo sobre el que se efectuó la infracción", mientras que el art. 268.2 RPLU de Cataluña no menciona expresamente esta figura, pero sí habla del "propietario del suelo, su agente, gestor o impulsor". También en el marco de esta última Comunidad Autónoma, la Ley 24/1991, de 29 de noviembre, reguladora de la vivienda en Cataluña, dispone en su art. 3.1, más particularmente al respecto, que: "a los efectos de la presente Ley, es promotor de viviendas la persona física o jurídica que decide, programa e impulsa su construcción o rehabilitación, las suministra, aunque sea ocasionalmente, al mercado inmobiliario y transmite su titularidad dominical o las adjudica o cede mediante cualquier título".

²²KUNERT, *Die normativen Merkmale der Strafrechtlichen Tatbestände*, 1958, p. 284.

²³Conforme al cual el contratista de un edificio que se arruina por vicios de la construcción responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviera lugar dentro de diez años contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiese, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección. Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años.

²⁴MARTÍN HERNÁNDEZ, *Las personas responsables de las infracciones urbanísticas*, 1998, p. 105.

²⁵GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, 1996, p. 66.

²⁶El *comitente* no es otro que la persona física o jurídica que encarga o encomienda la obra a otro.

²⁷GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, cit. D. 63.

Oscilando entre estos parámetros definitorios del término *promotor* deberá, por tanto, moverse el juzgador penal a la hora de valorar –aunque a su libre criterio a falta de una remisión normativa expresa al respecto en el tipo del art. 319 CP– la presencia o no de esta cualidad profesional en el citado delito especial propio. La presencia, sin embargo, de la figura del *promotor no profesional*, contemplada en diversos textos legales administrativos, ha conducido –erróneamente en nuestra opinión a que determinadas resoluciones judiciales vengán a considerar que el delito tipificado en el art. 319 sea un delito común, de modo que “sujeto activo del delito citado puede ser cualquiera que dedique su esfuerzo a la edificación de una o varias viviendas, para sí o para su venta o alquiler” (SAP de Cádiz de 11 de septiembre de 1998).

Entre estas normas previsoras de la figura del *promotor no profesional*, que por su peculiar carácter y teleología –muy ajenos al Derecho penal– y limitado ámbito de aplicación administrativa, no deben –según alcanzamos a entender– ser tenidas en cuenta a este respecto por el juzgador penal –puesto que nos hallamos ante un delito especial propio que exige una cualidad profesional del sujeto activo–, pueden citarse, por ejemplo, el Texto Refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial, en cuyo artículo 7.º a) se califica de promotores a “los particulares que individualmente o agrupados construyan viviendas para sí, para cederlas en arrendamiento o para venderlas”, o los arts. 22.a) del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio 1968, el RD 1932/1991, de 20 de diciembre, sobre medidas de financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda, el RD 224/1989, de 3 de marzo, y el RD 1494/1987, de 4 de diciembre, ambos sobre el mismo objeto anterior, que vienen a repetir este concepto de promotor privado, no profesional, que tiende a conseguir la edificación de una vivienda para habitarla por sí o para destinarla al arrendamiento o a la venta, con ánimo en estos casos de lucro.

C) *El constructor*

Ya en la génesis decimonónica de nuestro Derecho urbanístico, la figura del *constructor* se correspondería, según entienden algunos autores²⁸, con la del antiguo *maestro de obras*, que aparecía regulada ya en el Real Decreto de 22 de julio de 1864, el cual venía a distinguir entre: a) *Maestros de obra antiguos* (los que dispusieran de tal titulación con anterioridad al Reglamento de 28 de septiembre de 1845²⁹), los cuales “pueden proyectar y dirigir toda clase de edificios particulares, a excepción de aquellos costeados por fondos públicos o que tuvieran un uso público”³⁰. b) *Maestros de obra modernos* (“los procedentes de las Escuelas establecidas en las Academias de primera clase”, así como todos cuantos hayan obtenido tal título con posterioridad al Reglamento de 28 de septiembre de 1845³¹), los cuales “entenderán de los proyectos y construcción de edificios particulares de uso privado, salvo en capitales de provincia y en pueblos donde exista Arquitecto, donde se limitarán a la construcción de edificios con sujeción a los planos y bajo la dirección de los Arquitectos”³².

²⁸Por todos, DOMÍNGUEZ LUIS/ FARRE DÍAZ, *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, 1998, p. 113.

²⁹Art. 2 del Real Decreto de 22 de julio de 1864.

³⁰Art. 6 del Real Decreto de 22 de julio de 1864.

³¹Art. 6 del citado Real Decreto de 22 de julio de 1864.

³²*L.u.e.*

En ausencia, en la actualidad, de una legislación estatal que defina en el marco del Derecho administrativo urbanístico la figura del *constructor*, puede tomarse al respecto a modo referencial la autonómica Ley 24/1991, de 29 de noviembre, reguladora de la vivienda en Cataluña, conforme a la cual el *constructor de viviendas* es aquella “persona física o jurídica debidamente habilitada que ejecuta la edificación o la rehabilitación de forma integrada, coordinando los trabajos que en la edificación realicen los industriales que puedan colaborar en la misma, de acuerdo con el proyecto y bajo las órdenes de la dirección facultativa” (art. 4 de dicha Ley reguladora de la vivienda en Cataluña).

Por lo que respecta a la jurisprudencia extrapenal en la materia, se muestra muy confusa a la hora de delimitar la figura del *constructor*. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1990 identifica *constructor* y *contratista*, definiéndolos en cuanto aquellos que asumen “la total ejecución de la construcción, proyectando, dirigiendo, inspeccionando y definitivamente aprobando su terminación”. Por contra, un año después, el propio Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de febrero de 1991, sí viene a distinguir entre las figuras de *contratista* y *constructor*. A este último se refiere precisamente la posterior STS de 11 de junio de 1994, en cuanto “ejecutor material de los distintos elementos que integran el conjunto del edificio”. Pero es que esta resolución de nuestro alto Tribunal tampoco viene a clarificar la cuestión como a primera vista parece, sino antes bien al contrario.

En efecto, la STS de 11 de junio de 1994 viene a solapar, y por tanto a identificar en el caso en cuestión, las figuras del promotor, del *constructor* y del *contratista*³³, unificándolas en cuanto “persona (física o jurídica) que reúne los siguientes caracteres: ser propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos pisos o locales en régimen de propiedad horizontal y beneficiario económico de todo el complejo negocio jurídico constructivo, a lo que no se opone el que para la realización y ejecución del proyecto utilice personal especializado al que ha de contratar, incluido el constructor o ejecutor material de los distintos elementos que integran el conjunto del edificio”.

Y es que el Tribunal Supremo, a mayor abundamiento, sigue identificando al constructor no sólo con el *contratista* (STS de 14 de junio de 1995), sino también con el *empresario de la obra* (STS de 30 de noviembre de 1992), el *ejecutor* de la misma (STS de 7 de marzo de 1995) y el *urbanizador* (STS de 3 de mayo de 1995), entre otros³⁴.

Por su lado, la doctrina urbanística ha venido asimismo definiendo al *constructor* en los términos diversos, términos que serán, junto a las pautas normativas y jurisprudenciales extrapenales precitadas –tan poco unívocas, como hemos visto–, los que puedan orientar al juzgador penal de cara a la nada fácil concreción de este sujeto activo profesional de tal delito especial propio. Así, García Conesa habla aquí de la “persona física o jurídica que conviene con el promotor la ejecución de una obra inmobiliaria, responsabilizándose de hacerla una realidad física”³⁵. Domínguez Luis y Farré Díaz se refieren, por su lado, a

³³Por su parte, las SSTs de 9 de marzo de 1981, 13 de junio de 1984, 13 de julio de 1987 y 9 de marzo de 1988, entre otras, vienen a equiparar asimismo la figura del promotor vendedor con la del contratista.

³⁴Cfr., por ejemplo, SSTs de 28 de noviembre de 1977, 12 de febrero de 1981, 9 de marzo de 1981, 1 de marzo de 1984, 13 de junio de 1984, 11 de febrero de 1985, 25 de febrero de 1985, 20 de junio de 1985, 30 de octubre de 1986, 27 de octubre de 1987 y 6 de marzo de 1990.

³⁵GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, 1996, p. 52.

la "persona que se responsabiliza de la realización de la construcción", y es que, para estos autores, "la esencia de esta figura radica en la responsabilidad que asume de, una vez finalizada la obra, entregarla y soportar el riesgo de su ejecución"³⁶.

Considera Gómez de la Escalera que el constructor es el "técnico de la edificación cuya actividad profesional no se presta de modo directo y personal, como ocurre con los otros técnicos o profesionales que intervienen en la edificación, sino que, por el contrario, por la propia naturaleza de la función que está llamado a desarrollar, dicha figura en la actualidad presupone la existencia de una organización empresarial a la que es inherente una plantilla, más o menos numerosa y cualificada, de operarios y auxiliares, que son quienes en realidad afrontan los trabajos de ejecución material de la obra, confiada a su principal y de cuya actuación es, por tanto, directamente responsable el empresario-constructor"³⁷. Román García, finalmente, entiende que es constructor "aquel que materialmente hace posible la construcción, aportando al efecto su trabajo (mano de obra), y también, en ocasiones, los materiales necesarios para llevar a cabo la obra"³⁸.

D) *El técnico director*

Conviene, sobre este punto, partir de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de atribuciones profesionales de *arquitectos técnicos e ingenieros técnicos*, así como de la normativa adyacente y complementaria que viene, en fin, a desarrollar tal disposición, cual es la integrada por los Decretos 148/1969, de 13 de febrero, 265/1971, de 19 de febrero, 119/1973, de 1 de febrero y 902/ 1977, de 1 de abril.

La aludida Ley 12/1986, sobre regulación de atribuciones profesionales de arquitectos técnicos e ingenieros técnicos³⁹ colma las exigencias legales del principio de plenitud de facultades y competencias de tales técnicos titulados profesionales de la construcción⁴⁰, así como del principio de autonomía en el desempeño de las funciones que les son propias⁴¹, y ello delimitando al respecto, también autónomamente, las competencias inherentes a una y otra especialidad técnico-profesional titulada⁴². Conforme a tales premisas normativas, puede definirse, en principio, al *técnico director* al que se refiere el art. 319 CP en cuanto *aquel profesional titulado, bien arquitecto o aparejador, bien ingeniero superior o técnico, a cuya lex artis de la edificación queda sometida la ejecución de la obra o construcción*.

Tal *lex artis* viene a comprender el conocimiento y adecuada aplicación del conjunto de preceptos, reglas y fundamentos técnicos necesarios para el buen hacer constructivo

³⁶DOMÍNGUEZ LUIS/ FARRE DÍAZ, l.u.c.

³⁷GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por defectos de construcción*, 1990, pp. 164 s.

³⁸ROMÁN GARCÍA, *o.c.*, p. 60.

³⁹Sobre la misma, *vid.* VERA FERNANDE-SANZ, *En torno a la aplicación práctica de la Ley 12/1986 de atribuciones profesionales*, en RDU, núm. 118, pp. 131 ss.

⁴⁰POZO GÓMEZ, *La Ley 12/1986, de 1 de abril, de atribuciones profesionales de los arquitectos e ingenieros técnicos*, en RDU, núm. 119, p. 129.

⁴¹Ampliamente al respecto, GIL IBÁÑEZ, *Las competencias profesionales de los arquitectos técnicos y aparejadores*, 1993, *passim*.

⁴²FERNÁNDEZ PASTRANA, *La capacidad de proyección de los aparejadores y arquitectos técnicos*, en AA, 1990-3, pp. 367 ss.

y, en suma, para la fiel realización de todo *proyecto inmobiliario* y consiguiente consecución de una óptima rentabilidad de los elementos que lo integran⁴³.

La citada Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de atribuciones profesionales de arquitectos técnicos e ingenieros técnicos, sustituye el tradicional concepto, propio de la legislación urbanística anterior, de *proyecto técnico*, por el de *proyecto arquitectónico*, con lo que nos encontramos ante un nuevo concepto jurídico indeterminado al que ha tratado de dar contenido tanto la doctrina como la jurisprudencia urbanística, y ello sobre la base de otras diversas disposiciones normativas adyacentes, incluso de ámbito autonómico. En tal sentido puede citarse primeramente el Decreto de 17 de junio de 1977 sobre tarifas de honorarios de arquitectos, conforme al cual el citado *proyecto arquitectónico* se articularía en dos fases: a) el *proyecto básico*, que integra la “definición de modo preciso de las características generales de la obra mediante la adopción y justificación de soluciones concretas” (art. 1.4.3); b) el *proyecto de ejecución*, que es el que “desarrolla el *proyecto básico*, con la determinación completa de detalles y especificaciones de todos los materiales, elementos, etc.” (art. 1.4.4).

En el ámbito de la legislación emanada de las Comunidades Autónomas, la Ley 10/1990, de 23 de octubre, de disciplina urbanística de las Islas Baleares, en su art. 6, volviendo a la clásica terminología de *proyecto técnico*, establece que el mismo “está integrado por el *proyecto básico* y por el *proyecto de ejecución*”, siendo el *proyecto básico* “aquel en el que se definen de forma precisa las características generales de la obra mediante la adopción y la justificación de soluciones concretas”, y constituyendo, por su parte, el *proyecto de ejecución* “aquel que desarrolla el proyecto básico de la determinación completa de detalles y especificaciones de todos los materiales, elementos, sistemas constructivos y equipos”⁴⁴.

En cuanto a la doctrina, Gil Ibáñez ha señalado que el proyecto arquitectónico es “el conjunto de documentos, cálculos y estudios que, debidamente autorizados por titulares legalmente competentes para ello y de acuerdo con las condiciones del encargo y las exigidas por la complejidad y dificultades de la edificación, definen en su totalidad de forma gráfica y escrita las obras a realizar, con precisión suficiente para que puedan materializarse a partir de su interpretación”⁴⁵.

Por lo que a la jurisprudencia respecta, la STS de 30 de enero de 1995 entiende que el *proyecto arquitectónico* “comprende los denominados *proyecto básico* y *proyecto de ejecución* de la obra, el primero suficiente para solicitar la licencia municipal pero insuficiente para llevar a cabo la construcción, para lo que se precisa del segundo”. Respecto de este último, es decir, del *proyecto de ejecución* de la obra, la STS de 12 de julio de 1994 señala que “constituye el documento esencial tanto para valorar la legalidad como la seguridad de las edificaciones”. Otras resoluciones jurisprudenciales urbanísticas, sin embargo, se muestran reacias a establecer una definición genérica de lo que es tal *proyecto arquitectónico* contemplado en la reiteradamente aludida Ley 12/1986, como la STS de 4 de marzo de 1996, que señala que tal concepto, “dada su ambigüedad, falta de contornos y

⁴³Cfr. GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, cit., p. 226.

⁴⁴También sobre la materia, y nuevamente en el marco de la normativa estatal, cfr. el art. 9.1.1.º del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales, así como el Decreto 462/1971, de 11 de marzo, por el que se aprueban las normas sobre redacción y proyectos y dirección de obras de edificación.

⁴⁵GIL IBÁÑEZ, *Las competencias profesionales de los arquitectos técnicos y aparejadores*, cit., p. 99.

límites generalmente establecidos o aceptados por la doctrina y la praxis del entorno edificatorio, ha de ser interpretado e integrado por los Tribunales en cada caso concreto contemplado". En el mismo sentido se pronuncian también las SSTS de 27 de diciembre de 1989, 18 de octubre de 1990 y 1 de noviembre de 1992.

Dicho concepto administrativo-urbanístico de lo que pueda ser el *técnico director*, figura a la cual expresamente hace alternativa referencia el tipo en cuanto sujeto activo profesional de este delito especial propio, bien puede servir de orientación al juzgador penal a la hora de interpretar y aplicar el art. 319.2 CP. El problema, en todo caso, tampoco es tan sencillo como a primera vista pudiera parecer, ya que surge entonces la cuestión, a la hora de concretar la responsabilidad personal, del deslinde competencial entre los diversos profesionales concurrentes, a modo de *técnicos-directores de la construcción o edificación ilícita*⁴⁶. A tal efecto, la jurisprudencia se muestra oscilante, puesto que algunas resoluciones—eso sí, las menos—no vienen a establecer tal deslinde competencial a efectos de imputación, y ello recurriendo al amplio concepto de dirección de obra, bajo el que son englobables tanto "el proyecto, la *dirección strictu sensu* y la *inspección o vigilancia de los trabajos*" (en tal sentido, SSTS de 17 de febrero de 1984, 17 de febrero de 1986, 25 de abril de 1986, 7 de junio de 1986 y 8 de junio de 1988).

En todo caso, la aludida Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de atribuciones profesionales de arquitectos técnicos e ingenieros técnicos, ha venido a paliar, cuando menos en parte, las dudas y oscilaciones jurisprudenciales sobre el particular. En efecto, como señala al respecto la STS de 20 de enero de 1996: "la Ley 12/1986, con su remisión al Decreto 148/1969, de 13 de febrero, conserva como núcleo fundamental de las atribuciones profesionales de los arquitectos técnicos la *ejecución de la obra*, entendiendo este concepto en el sentir amplio que señala la citada disposición reglamentaria, a saber: organización, realización y control de obras de arquitectura, de sus instalaciones auxiliares, trabajos complementarios de gabinete y economía de la construcción, de suerte que para los arquitectos técnicos la facultad de elaborar proyectos se refiere a los de toda clase de obras que, con arreglo a la legislación del sector de la edificación no precisen de proyecto arquitectónico, el cual empero—y ello debido a la ambigüedad de este concepto antes mencionado—, no debe entenderse como relativo a proyecto de arquitecto superior, ya que otros técnicos de este grado están también capacitados para proyectar obras de arquitectura" (en la misma línea se pronuncian también, entre otras, las SSTS de 5 de junio de 1993, 4 de abril de 1995, 7 de noviembre de 1995 y varias de 3 de enero de 1996).

Por tanto, y al amparo de la legislación vigente en el sector, la jurisprudencia última sí parece mantenerse unánime en cuanto a la consideración de la incompetencia de los arquitectos técnicos en orden la construcción de obras de nueva planta⁴⁷. De este modo, partiendo del criterio de garantía de la seguridad de las edificaciones, el alto Tribunal ha afirmado, más pormenorizada y técnicamente, que "los arquitectos técnicos pueden proyectar construcciones que carezcan de complejidad técnica constructiva por no resultar necesarias obras arquitectónicas básicas, tales como cimentación, estructuras de resistencia o sustentación, forjados u otros similares" (STS de 6 de marzo de 1992).

⁴⁶Vid. DOMÍNGUEZ LUIS/FARRE DÍAZ, *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, cit., pp. 119 ss.

⁴⁷SSTs de 10 de abril de 1990, 29 de enero de 1991, 26 de febrero de 1991, 30 de octubre de 1991, 6 de marzo de 1992, 18 de marzo de 1992, 8 de abril de 1992, 7 de mayo de 1992, 23 de mayo de 1992, 3 de noviembre de 1992 y 11 de noviembre de 1992.

La finalidad a la que apuntan tales soluciones jurisprudenciales no es otra, que “la de la garantía de la seguridad, derivada ante todo de la formación y preparación técnica del profesional que redacta el proyecto, resultando así que en este tema lo que late en el fondo es el problema de las garantías de seguridad en la edificación, y por tanto de la misma vida humana, lo que determina que las dudas que al respecto se suscitan se resuelven en el sentido de la búsqueda de la mayor seguridad, y por tanto de la exigencia de la titulación –formación– propia de los estudios superiores. En consecuencia, por razón del sentido teleológico de la protección de la seguridad de las edificaciones, todas las edificaciones que se destinen a vivienda humana o concepto a ella asimilable requieren ser proyectadas por arquitecto superior” (en tales términos, SSTS de 8 de julio de 1981, 21 de octubre de 1987, 4 de junio de 1991, 28 de junio de 1991 y 29 de marzo de 1995).

Por lo demás, según viene a establecer el Decreto de 17 de junio de 1977, sobre tarifas de honorarios de arquitectos, la facultad de *proyección* implica también la de *dirección de la obra*⁴⁸, por cuanto esta última “es aquella en la que el arquitecto, además de otras funciones, lleva a término el desarrollo del proyecto de ejecución” (art. 1.4.5 del Decreto de 17 de junio de 1977, sobre tarifas de honorarios de arquitectos).

Por lo que a los ingenieros superiores respecta, y según establece expresamente el Real Decreto de 18 de septiembre de 1985, están autorizados para la construcción de edificios de carácter industrial. En cuanto a los ingenieros técnicos, también son considerados aptos para la construcción de tales edificios industriales siempre que no excedan de los límites de potencia y tensión establecidos en el Real Decreto-Ley 37/1977, regulador de las atribuciones de los peritos industriales. Más concretamente, la supraconsignada Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de atribuciones profesionales de arquitectos técnicos e ingenieros técnicos, atribuye a los ingenieros técnicos, con no poca casuística al respecto, que “la redacción y firma de proyectos que tengan por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación, demolición, fabricación, instalación, montaje o explotación de bienes muebles o inmuebles, en sus respectivos casos, tanto con carácter principal como accesorio, siempre que queden comprendidos por su naturaleza y características en la técnica propia de cada titulación”⁴⁹.

Por lo demás, téngase también presente que, como recuerda el alto tribunal, es competencia municipal “en el momento de pronunciarse sobre la solicitud de licencia que se trate, examinar la competencia del técnico que suscriba el correspondiente proyecto como uno de los datos que condicionan el otorgamiento de la licencia interesada” (STS de 21 de febrero de 1994).

Para finalizar sobre este punto, procede consignar que el visado del correspondiente colegio profesional al que pertenezca por su titulación el *técnico director* de la construcción o edificación, sobre el proyecto elaborado por éste, refleja y expresa una función de control corporativo sobre la actividad profesional de los colegiados, correspondiente por tanto al ámbito interno de la profesión en cuestión. En su alcance urbanístico, tal visado constituye un informe preceptivo, aunque no vinculante, y en consecuencia a ello no

⁴⁸Vid. DOMÍNGUEZ VILA, *El proyecto técnico y el visado colegial como intervención de los arquitectos en el Ordenamiento urbanístico*, en RDU, núm. 79, 1982, pp. 89 ss.

⁴⁹Vid. al respecto SSTS de 25 de mayo de 1983, 20 de mayo de 1985, 16 de mayo de 1986, 5 de enero de 1990 y 2 de noviembre de 1994, entre otras resoluciones.

supone en ningún caso una limitación a la facultad resolutoria del órgano administrativo-urbanístico legalmente competente⁵⁰.

En efecto, como ha señalado es este último respecto nuestro Tribunal Supremo: "corresponde a la Administración Local en última instancia otorgar o denegar la licencia solicitada a la vista de cuantos datos e informes obren en el expediente administrativo, sin que el visado colegial pueda sustituir o limitar dicha competencia administrativa sobre el control de la legalidad urbanística" (STS de 23 de enero de 1991).

En cualquier caso, como hemos dicho, el proyecto de edificación precisa⁵¹ del correspondiente visado colegial⁵². En tal sentido, la autonómica Ley 3/1987, de 8 de abril, reguladora de la disciplina urbanística de Asturias⁵³, establece que "el proyecto técnico con base al cual se solicite la licencia deberá disponer del correspondiente visado colegial, salvo en los proyectos, obras, construcciones de todo tipo y/o para las Administraciones Públicas, Organismos Autónomos y Sociedades de capital total o mayoritariamente público, a realizar, en este último caso, para las citadas Administraciones y Organismos, en que bastará la intervención de la Oficina de Supervisión de Proyectos o la aprobación técnica de la entidad correspondiente a la que pertenecieran o estuvieran adscritas" (art. 2.1 de dicha Ley 3/1987).

2. SUJETO PASIVO

Sujeto pasivo de todo delito no es otro que el titular del bien jurídico protegido, pudiendo ser tanto una persona física como una persona jurídica, o incluso la propia colectividad o el Estado. En tal sentido, la conducta típica puede atentar directamente sobre dicha víctima del comportamiento delictivo, o bien ejecutarse sobre una tercera persona ajena al bien jurídico protegido pero que en ese momento se halla en disposición del objeto material del delito⁵⁴.

En el caso del delito que nos ocupa, cual es cual es la presente modalidad típica de infracción urbanística⁵⁵, puesto que nos hallamos ante un bien jurídico protegido de carácter, utilidad y, ante todo, titularidad pública⁵⁶, sujeto pasivo del delito no puede ser otro que la colectividad⁵⁷, la propia comunidad de ciudadanos inserta en el ámbito territorial sobre el que se cierne la tutela⁵⁸.

⁵⁰POZO GÓMEZ, *La Ley 12/1986, de 1 de abril, de atribuciones profesionales de los arquitectos e ingenieros técnicos*, cit., pp. 128 s.

⁵¹Vid. SS'S de 3 de julio de 1996 y 25 de septiembre de 1997.

⁵²Cfr. art. 242.7 del Texto Refundido de la Ley del suelo, precepto cuyo tenor fue declarado inconstitucional por la STC 61/1997, siendo el siguiente: "Los Colegios profesionales que tuviesen encomendado el visado de los proyectos técnicos, si observaren incumplimiento de la legislación urbanística pondrán en conocimiento de la Administración competente dicha presunción, denegando el visado".

⁵³Conforme a la redacción dada por la Disposición adicional cuarta de la Ley 10/1991, de 30 de diciembre, por la que se aprueban los presupuestos de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias para 1992.

⁵⁴Vid., a mayor abundamiento sobre la cuestión, SESSAR, *Neue Wege der Kriminologie aus dem Strafrecht*, en *W. AA. Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, pp. 373 ss.

⁵⁵Cfr. BENDER/ SPARWASSER, *Umweltrecht, Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, 1990, pp. 3 s.

⁵⁶Así, STORM, *Umweltschutz und Verfassung*, en WAGNER/ PSCHERA (Hrsg.), *Aktuelle Rechtsfragen des Umweltschutzes*, 1981, p. 28.

⁵⁷KLOEPFER, *Systematisierung des Umweltrechts*, 1978, p. 121.

⁵⁸PRÜMM, *Umweltschutzrecht: eine systematische Einführung*, 1989, p. 78.

IV. LA CONDUCTA TÍPICA

La referencia *llevar a cabo*, que es la terminología utilizada por el legislador en este punto, es fácilmente interpretable por tratarse de un concepto generalmente utilizado en el lenguaje usual y común, y por tanto carente de mayores tecnicismos.

En este sentido, *llevar a cabo* significa, como indica la Real Academia Española, entre otras acepciones, *ejecutar una cosa*⁵⁹, significado que también tiene el verbo *efectuar*⁶⁰. Así pues, llevar a cabo una construcción no es otra cosa que *ejecutarla, efectuarla*.

V. LA EDIFICACIÓN

No existe en el tipo de referencia, ni en ninguna otra disposición penal, un concepto legal expreso de lo que debe entenderse en tal ámbito punitivo por edificación. Estamos pues, nuevamente, ante un concepto jurídico indeterminado cuya interpretación e integración nos obliga a seguir una serie de pautas metodológicas que nos vayan acercando a su contenido, de cara a llenado de la norma penal.

El *Diccionario de la Lengua española* de la Real Academia define la *edificación* en cuanto acción y efecto de *edificar, de hacer un edificio*⁶¹, enunciado este que no viene a aclarar demasiado las cosas. Buscando un mayor contenido, y por remisión, hemos de acudir al significado que puede tener el verbo *edificar* en el lenguaje común, hallándose, en el contexto que ahora interesa, la siguiente acepción: *fabricar, hacer un edificio o mandarlo construir*⁶². Tampoco esta concepción nos abre demasiadas puertas interpretativas, como puede verse ya a primera vista.

De cualquier modo, sí resulta apreciable, a tenor de las anteriores consideraciones gramaticales, que en el lenguaje común *edificación* y *edificio* vienen a resultar prácticamente sinónimos, por lo que resulta procedente acudir a la acepción gramatical de este último término, que no es otra que, en una terminología cuasi decimonónica, la de *obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos; como casa, templo, teatro, etc.*⁶³. De ello parece desprenderse, en un primer acercamiento de carácter meramente gramatical y a modo de punto de partida en nuestra particular esfera de referencia, que por *edificación* puede entenderse *cualquier construcción u obra cuya finalidad sea la de constituir un habitáculo*.

Por otro lado, en el amplio abanico normativo de la legislación urbanística existe un concepto general y expreso de lo que ha de entenderse por *edificación*, de manera que la *indeterminación jurídica* de este concepto bien puede decirse que es total, por lo que la tarea del intérprete del tipo penal en cuestión no deviene nada fácil. Ante tal vacío legal, la doctrina se ha venido pronunciando al respecto en los siguientes términos definitorios de lo que ha de entenderse en el ámbito urbanístico por *edificación*. Así, ya Escrique hablaba de "toda obra o fábrica de casa, palacio, templo u otra cosa, ya se halle construi-

⁵⁹RAE, *Diccionario de la lengua española*, 21ª edic., 1992, voz *Cabo*.

⁶⁰Vid. RAE, *o.c.*, voz *Efectuar*.

⁶¹RAE, *o.c.*, voz *Edificación*.

⁶²RAE, *o.c.*, voz *Edificar*.

⁶³RAE, *o.c.*, voz *Edificio*.

da de piedra o ladrillo, ya de tierra, madera o cualquier otro material⁶⁴. Gómez de la Escalera apunta que lo es “toda obra de albañilería, forjada con materiales de varias clases, adherida de una manera permanente al suelo, ya esté en la superficie, ya en el subsuelo, y destinada a un fin de la vida humana”⁶⁵.

Para Domínguez Luis / Farré Díaz nos encontramos ante “obras de *nueva edificación*”⁶⁶, que comprenden los tipos siguientes: a) obras de *reconstrucción*: son aquellas que tienen por objeto la reposición, mediante nueva construcción, de un edificio preexistente en el mismo lugar, total o parcialmente desaparecido, reproduciendo sus características morfológicas; b) obras de *sustitución*: son aquellas por las que se derriba una edificación existente o parte de ella y en su lugar se erige una nueva construcción; c) obras de *nueva planta*: son las de nueva construcción sobre solares vacantes; d) obras de *ampliación*: son aquellas que incrementan el volumen construido o la ocupación en una planta de edificaciones⁶⁷.

Por su parte, Riera Aisa señala que es edificación “toda construcción adherida al suelo, eliminando así del concepto aquellos edificios de carácter provisional susceptibles de ser transportados (es el caso de las casas prefabricadas) (...) Si bien el edificio normalmente se presenta como construcción destinada en todo o en parte a ser habitada, ello no impide, empero, que entren también en los límites del concepto las construcciones levantadas con una finalidad distinta a la de su habitabilidad: así, los almacenes, establecimientos mercantiles, etc. La construcción se proyecta normalmente sobre el suelo, lo que no obsta, sin embargo, a la existencia de construcciones subterráneas, bien formando parte de edificios de superficie (sótanos, bodegas, etc.), bien constituyendo por sí solas construcciones subterráneas (exploraciones mineras, vías comerciales subterráneas, etc.). En todo caso, la esencia de la edificación está en la creación de una unidad física, de todo lo construido, a la que el Derecho considera necesario dar un tratamiento de unidad jurídica, salvo en casos especiales”⁶⁸.

Para Román García, “el término *construcción* abarca un concepto más amplio que el de *edificación*, pues éste está limitado, según el Diccionario, a la realización de obras para habitación o *para usos análogos, como casa templo, teatro, etc.* En cambio, el término *construcción* excede de la actividad de realización material o fabricación de lugares destinados a morada permanente de personas, o, en su caso, de lugares que sirvan de albergue transitorio de personas (como ocurre en las iglesias, teatros, etc.), y se extiende también a otros supuestos en que las obras no tengan por finalidad el albergue de personas, esto es, a obras que resultan inútiles para el hombre (como por ejemplo el levantamiento de un muro de contención o de un dique, o el asfaltado de un camino) pero que son ajenas a toda idea de *edificación*. Por consiguiente, habrá que limitar y circunscribir la aplicación del término del art. 319.2 a aquellos casos en que las obras realizadas puedan subsumirse en el

⁶⁴En términos decimonónicos, de tal forma se pronuncia ESCRIBANA, *Edificio*, en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. II, 1874, p. 756.

⁶⁵Así, y citando a SALOM ANTEQUERA, se pronuncia GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores*, cit., pp. 64 s.

⁶⁶Vid., ejemplificativamente al respecto, art. 2.4.9 del PGOU de Madrid, aprobado provisionalmente por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid el 29 de noviembre de 1984, y definitivamente por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid en fecha de 7 de marzo de 1985.

⁶⁷DOMÍNGUEZ LUIS/ FARRÉ DÍAZ, *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, cit., p. 138.

⁶⁸RIERA AISA, *Edificación*, en *NEJ*, t. VIII, 1956, pp. 50 s.

indicado concepto estricto de *edificación* (por estar destinadas a habitación o usos análogos), y rechazar la exigencia de responsabilidad penal por vía del apartado segundo del art. 319 cuando la obra realizada exceda de dicho concepto. Este criterio de distinción puede llegar a ser decisivo en algunos casos para dilucidar si se incrimina una conducta por la vía del apartado primero o si procede su sanción por la del apartado segundo del art. 319⁶⁹.

Por el lado jurisprudencial, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 1998, tras dejar constancia del hecho de que en nuestro Código Penal no se ha definido qué haya de entenderse por edificación, apunta que no se debe, en todo caso, olvidar al respecto los principios informadores de nuestro sistema penal de intervención mínima y la proscripción de la interpretación analógica de las normas favorables al reo. Ello sentado, tal resolución judicial comparte la tesis de que el término edificación ha de ser interpretado como *realización de una estructura y las operaciones necesarias para que sirva al fin que le es propio*.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 19 de noviembre de 1999 ha realizado el siguiente desarrollo metodológico de interpretación y aplicación punitivas del término *edificación*:

a) El vigente Código Penal crea una figura delictiva, que en su articulado recoge, como técnicamente se denomina, un “tipo en blanco”, por lo que corresponde a la jurisprudencia de los Tribunales determinar qué conductas pueden incriminarse en el mismo y ser consideradas como infracción penal.

(...)

c) Sentadas estas bases, hay que partir de dos principios esenciales en Derecho Penal, el primero, que las normas punitivas no pueden tener carácter extensivo en su interpretación, y el segundo, que en esta materia rige el principio “in dubio pro reo”, o lo que es lo mismo, en la duda debe prevalecer aquella valoración o aquel criterio que favorezca al acusado.

(...)

e) Por lo tanto, el problema planteado, sobre si a tenor del párrafo 2º del anterior precepto, debe entenderse el levantamiento de una nave, como “edificación”, y por ello su construcción constitutiva de delito, al haber tenido lugar en suelo no susceptible de autorización, y en lugar no urbanizable, es de diferente naturaleza y procede ahora pronunciarse al respecto.

f) El juzgador “a quo” o juzgador de instancia, entiende que gramaticalmente *construcción* y *edificación* no son términos sinónimos, y que el legislador, al crear el tipo penal supo lo que hacía, y que por tanto en definitiva, el artículo 319, en el primer párrafo, al utilizar la palabra “construcción” y en el segundo la palabra “edificación”, pretendió distinguir entre ambos conceptos, penando más gravemente el primer supuesto que el segundo, para lo que atendió igualmente al lugar de levantamiento, en el primer

⁶⁹ROMÁN GARCÍA, *Delitos sobre la ordenación del territorio*, cit., pp. 109 s.

caso, en zonas verdes, lugares paisajísticos, etc... y en el segundo, en suelo no urbanizable, dando por ende mayor entidad delictiva al primer subtipo penal, y requiriendo para el segundo que no se trate de cualquier construcción, sino aquella destinada a *edificación*, o sea a *habitación o reunión de personas*, como textualmente recoge el diccionario de la Real Academia.

- g) En virtud de los principios enumerados en esta fundamentación, la Sala entiende que la interpretación de la sentencia recurrida es ajustada a Derecho, y que aun a pesar de que las construcciones ilegales proliferen, desgraciadamente, sólo pueden incardinarse en el tipo penal del artículo 319 del Código Penal, aquellas que estrictamente puedan incluirse en los términos concretos del mismo, pudiendo ser objeto de valoración, a efectos de si constituye o no delito, el "quantum", no siendo nunca procedente, cualitativamente, una conceptualización extensiva.
- h) En apoyo de esta tesis se nos muestran dos nuevos razonamientos, el primero afecta a que la Administración posee otros medios legales, la vía administrativa, para lograr el mismo fin, y el segundo, que el párrafo 3º del artículo 319 mencionado, deja a la potestad de los Tribunales el derribo o no de lo ilegalmente construido, lo que hace pensar, que este tipo penal sólo debe entenderse aplicable a los supuestos más graves, concreta y específicamente tipificados.
- i) Por último reseñar, que la aún escasa jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, en una cosa sí es práctica y absolutamente coincidente, aunque no se pronuncie sobre el tema hoy enjuiciado, en interpretar todos los términos empleados en el artículo 319 del Código Penal, de forma restrictiva. En este sentido Sentencias de las Audiencias Provinciales de Valladolid de 1-12-1998, de Palencia de 13-10-1998, etc.

En conclusión, y a tenor de las pautas interpretativas, orientadoras e integradoras precisadas, a la hora de definir el concepto de edificación el marco concreto del apartado 2 del artículo 319 del vigente texto punitivo español, deben ser objeto de consideración estas premisas que pasamos a apuntar:

Se trata de un concepto jurídico absolutamente indeterminado, por cuanto ni siquiera la copiosa y abundantísima legislación administrativa urbanística en sus diversas esferas (supraestatal, estatal, autonómica o local) viene a definir expresamente lo que debe entenderse con carácter general por edificación.

Consecuentemente, la interpretación gramatical del término, que ha de servir de base⁷⁰ a todo el proceso integrador y de llenado de la norma penal, nos indica que la edificación es una modalidad particular de construcción, teniendo por tanto un contenido conceptual mucho más limitado que ésta.

Los principios de fragmentariedad, última *ratio* e intervención mínima del Derecho penal han de ser tenidos muy en cuenta a la hora de definir el *limitado alcance conceptual* del término *edificación* en el tipo penal de referencia, máxime si se atiende a la presencia de los abundantes mecanismos reguladores y sancionadores ya existentes en la esfera

⁷⁰Cfr. art. 3.1 CC.

administrativo-urbanística. En íntima relación con ello, deviene obligada pues una interpretación estricta y taxativa del término, a la vez que convenientemente restrictiva para evitar la siempre indeseable y prohibida analogía en el ámbito del Derecho penal⁷¹.

Así pues, e inspirándonos en los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales que estimamos más acordes con las pautas precitadas, entendemos que el término *edificación*, al que hace expresa referencia el apartado 2 del artículo 319 CP, bien pudiera ser definido así, en aras de los principios de claridad y concisión en cuanto propiciadores de la seguridad jurídica: *toda obra destinada a albergar personas, bien para servir de morada permanente o albergue transitorio, bien lo sea para otros fines, como por ejemplo servir de centro lúdico, de ocio o de trabajo*.

VI. LA FALTA DE AUTORIZACIÓN

Conforme a las previsiones de tipicidad previstas en el art. 319.2 CP, la edificación ha de ser *no autorizable*. En el general ámbito del lenguaje común, el *Diccionario de la Lengua española* indica que *autorizable* es aquello que se puede autorizar⁷².

Autorizable es, por tanto, aquello susceptible de autorización. En consecuencia, *no autorizable* es lo que no es susceptible de autorización, con independencia de que tal autorización no se haya solicitado todavía, esté en curso, trámite o expediente de solicitud, haya sido denegada con arreglo a Derecho, o bien haya sido autorizada infringiendo el Derecho.

Cabe por ello concluir que la diferencia entre la construcción *no autorizada* (art. 319.1 CP) y la edificación *no autorizable* (art. 319.2 CP) radica en el hecho de que aquélla precisa un previo pronunciamiento denegatorio por parte de la autoridad administrativo-urbanística competente, mientras que esta no precisa ni siquiera tal requisito, sino que basta con el simple hecho de que no sea susceptible de aprobación con arreglo a la normativa urbanística.

En tal sentido, se ha venido a indicar, con López Garrido/ García Arán, que tal cláusula legal, cual es la de *no autorizable*, conforme a la intención de nuestro legislador penal de 1995 “alude a una situación previa a la hipotética solicitud de autorización que impediría su concesión, o a la imposibilidad de legalización posterior”⁷³. Otros autores, como Domínguez Luis/ Farré Díaz, entienden que “el legislador se refiere a supuestos que en ningún caso admiten la legalización a posteriori, quizás por constituir infracciones urbanísticas de tal índole que no permiten puedan ser legalizadas”⁷⁴. Y es que, continúan los autores últimamente citados, “se percibe que la voluntad legislativa ha querido excluir del tipo penal los supuestos de acometimiento de edificaciones realizadas sin licencia o contraviniendo la concedida en suelo no urbanizable pero susceptibles de legalización *a posteriori* conforme a la normativa urbanística, mediante la solicitud de la correspondiente autorización”⁷⁵. De este modo, y “en síntesis, el párrafo 20 del artículo 319 parece querer tipificar los supuestos de edificación en suelo no urbanizable sin auto-

⁷¹ Vid. art. 4.1 CP.

⁷² RAE, *o.c.*, voz *Autorizable*.

⁷³ Así, LÓPEZ GARRIDO/ GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 159.

⁷⁴ DOMÍNGUEZ LUIS/ FARRÉ DÍAZ, *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, cit., pp. 133 s.

⁷⁵ *L.u.c.*

rización o excediéndose de la otorgada, siempre y cuando no sea posible subsanar la situación o legalizarla, por no permitirlo la legislación urbanística⁷⁶.

Así, las conclusiones a las que se llega conforme a tales esfuerzos doctrinales de escudriñar la voluntad del legislador al articular la cláusula del referencia en el tipo legal previsto en el art. 319.2 CP vienen en todo caso a coincidir puntualmente con las aquellas a las que ya habíamos llegado a tenor de las precisiones gramaticales previamente consignadas.

VII. DELIMITACIÓN DEL SUELO NO URBANIZABLE

La última cláusula delimitadora del tipo de delito urbanístico cometido por *particular-profesional*, expresamente previsto en el art. 319.2 CP, es la de que la edificación no autorizable se lleve a cabo en *suelo no urbanizable*. Dicha referencia típica, la de *suelo no urbanizable*, es la que pasamos pues a analizar a continuación, a fines de dotarla de un contenido jurídico-penal específico en el contexto del delito de referencia, ya que de nuevo nos hallamos, con ella, ante un *concepto penal indeterminado* que exige en consecuencia una labor interpretadora e integradora.

Ha sido en este contexto la estatal Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre los efectos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo⁷⁷, la que ha venido a fijar las bases de clasificación del territorio conforme a la siguiente sistemática (cfr. art. 7 de dicha disposición): a) *suelo urbano*⁷⁸; b) *suelo urbanizable*⁷⁹; c) *suelo no urbanizable*⁸⁰; d) clases de *suelo equivalentes reguladas por la legislación urbanística*.

En efecto, la citada Ley estatal urbanística 6/1998 define el *suelo no urbanizable* en los siguientes términos (art. 9): "suelo no urbanizable es aquel constituido por los terrenos en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1ª Que deben incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen de especial protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público. 2ª Que el planteamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valoración agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano".

Por lo demás, y sin ánimo de exhaustividad por obvias razones de espacio, citaremos algunas disposiciones propias de la regulación que la normativa urbanística autonómica opera sobre este concreto particular. Así, la Ley foral 10/1994, de la Comunidad Navarra, define el *suelo no urbanizable* en el siguiente tenor (art. 9): "1. Constituirán suelo no

⁷⁶*I.u.e.*

⁷⁷Sentencia que vino a declarar inconstitucionales la gran mayoría de las disposiciones contenidas en el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana.

⁷⁸Sobre el mismo, sus clases y regulación en la normativa urbanística estatal y autonómica, vid., ampliamente, MERELO ABELA, *Régimen jurídico y gestión del suelo urbano y urbanizable*, cit., pp. 119 ss.

⁷⁹Igualmente, con todo detalle, *o.u.e.*, pp. 225 ss.

⁸⁰El cual pasamos a definir.

urbanizable los terrenos que el planeamiento determine en razón de su valor agrícola, forestal, ganadero, naturalístico, paisajístico, histórico, cultural, ecológico o para la defensa de la fauna, flora o equilibrio ecológico y, en general, por sus características y vocación rústica. Asimismo, se clasificarán como no urbanizables los terrenos, de entre los anteriores, necesitados de acciones de recuperación porque hayan sufrido incendios o devastaciones de otro tipo. 2. En ningún caso podrán ser suelos urbanos o urbanizables los terrenos señalados en el punto 1, salvo que el planeamiento así los clasifique. 3. También se clasificarán como no urbanizables aquellos terrenos que no sean incluidos en las otras clases de suelo”.

Por su lado, la Ley 6/1997, de 8 de julio, de suelo rústico de las Islas Baleares, viene a incluir dentro de tal categoría (art. 4): “a) el dominio público marítimo-terrestre e hidráulico, de acuerdo con la legislación específica. b) Los terrenos que tengan un relevante valor agrícola, forestal, pecuario, cinegético, natural paisajístico o cultural. c) Los terrenos cuyas características geotécnicas o morfológicas no aconsejen el desarrollo urbanístico por el riesgo o alto impacto que conllevaría. d) Los terrenos que, aisladamente o en su conjunto, conformen unidades paisajísticas cuyas características interese mantener. e) Los terrenos que posean valor etnológico o que constituyan el entorno de elementos arqueológicos, de arquitectura rural o, en general, de patrimonio histórico sometidos a un régimen de protección específico. f) Los terrenos que, de acuerdo con la estrategia territorial adoptada, deban excluirse del proceso de desarrollo urbanístico o preservarse del mismo”.

Ya en el ámbito jurisprudencial, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 31 de diciembre de 1998 declara al respecto “incierto que el suelo no urbanizable de especial protección agrícola pueda mutarse o transformarse en urbano, al margen del Plan de Ordenación Urbana, porque así lo decida el propietario del suelo por el expeditivo procedimiento de edificar una vivienda, lo que en absoluto ampara el art. 8 de la Ley 6/1998, que define el suelo urbano como aquél ya transformado por contar como mínimo con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía o por estar consolidados por la edificación en la forma y con las características que establezca la Legislación Urbanística; no se trata, pues, en el presente caso, de una edificación anterior al Plan de ordenación de 1995, sino de que la edificación se lleva a cabo por el acusado contraviniendo deliberadamente el Plan de ordenación que expresamente califica el terreno de no urbanizable de especial protección agrícola, y por tanto cualquier construcción o edificación que el propietario del terreno quiera realizar debe acomodarse a las limitaciones y cumplir los requisitos establecidos en la normativa urbanística; debe, en fin, aclararse nuevamente al recurrente que será en su caso autorizable el almacén para aperos, cuya licencia de obras y proyecto de construcción ha presentado pocos días antes de celebrarse el Juicio Oral, pero lo que resulta evidente es que la vivienda que en febrero de 1997 comenzó a construir carece de amparo alguno en la normativa urbanística, no está autorizada, ni consta que pueda serlo en el futuro”.

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 6 de mayo de 1999 entiende sobre este particular que el artículo 319.2 “es una norma penal en blanco que exige ser integrada en la legislación urbanística. En consecuencia, se refiere al suelo no urbanizable común u ordinario para cuya determinación habrá de acudir a esa legislación (artículos 15 y siguientes del RDLeg 1/1992, de 26 de junio, o al artículo 9 de la

Ley 6/1998, de 13 de abril, de tal forma que el suelo no urbanizable a que se refiere el apartado 2º del artículo 319 es el destinado a fines agrícolas, forestales, ganaderos, cinegéticos, y, en general, a los vinculados con la utilización racional de los recursos naturales (artículo 20 de la Ley 6/1998), suelo en el que únicamente debe autorizarse las edificaciones destinadas a explotaciones agrícolas, de donde se ha de concluir que la edificación de un chalet es evidentemente no autorizable⁸⁰.

Sobre la base de lo hasta aquí apuntado, las tres premisas definitorias del suelo no urbanizable conforme a tal estatuto urbanístico⁸¹, tanto estatal como autonómico, así como a las pautas de interpretación e integración jurisprudencial del art. 319.2 CP, vienen a ser las siguientes⁸²:

En primer lugar, la prohibición de afectar los terrenos así clasificados a usos diversos del agrícola, forestal, ganadero, cinegético o, en general, a fines que difieran de la utilización racional de los recursos naturales, conforme a lo expresamente previsto por la normativa urbanística sectorial reguladora⁸³.

La prohibición, en segundo lugar, de efectuar sobre tal suelo parcelaciones urbanísticas, y ello entendido a modo de garantía del mismo frente al creciente proceso de crecimiento de los núcleos urbanos⁸⁴, así como también la imposibilidad de efectuar transferencias de propiedad, divisiones o segregaciones que infrinjan lo dispuesto en la normativa agraria o en cualquiera otra que resulte precedentemente aplicable⁸⁵ sobre ordenación territorial en el sector⁸⁶.

De este modo, sobre el suelo *no urbanizable* se podrán realizar, exclusivamente y previa licencia municipal, las siguientes obras⁸⁷: a) construcciones destinadas a explotaciones agrícolas que guarden relación con la naturaleza, extensión y utilización de la finca y que se ajusten, en su caso, a los planes o normas de los órganos administrativos competentes en materia de agricultura; b) construcciones e instalaciones vinculadas a la ejecución, entretenimiento o servicio de las obras públicas; c) previa autorización del órgano administrativo autonómico competente —lo cual no excluye en ningún caso la posterior y preceptiva licencia municipal⁸⁸— podrán asimismo llevarse a cabo sobre dicho suelo edificaciones e instalaciones de *utilidad pública o interés social que hayan de emplazarse en el medio rural*⁸⁹; d) con los mismos requisitos licenciatorios preconsignados, también

⁸⁰Cfr., asimismo, el derogado texto de los arts. 15 y 16 L.S., declarados inconstitucionales por la STC 61/1997.

⁸¹Vid. DOMÍNGUEZ LUIS/ FARRE DÍAZ, *Los delitos contra la ordenación del territorio*, cit., pp. 141 s.

⁸²PAREJA I LOZANO, *Régimen del suelo no urbanizable*, 1990, pp. 67 s.

⁸³Sin perjuicio, claro está, de lo que la normativa urbanística sectorial correspondiente, en este caso autonómica, pueda prever en materia de *asentamientos o núcleos rurales*.

⁸⁴Así, por ejemplo, el art. 52.1 de la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de ordenación del territorio, suelo y urbanismo en la Comunidad de Madrid, permite exclusivamente en el suelo no urbanizable la "realización de actos que tengan por objeto la parcelación, segregación o división de terrenos o fincas, cuando sean plenamente conformes con la legislación agraria y, en particular, respeten la unidad mínima de cultivo en cada caso establecida".

⁸⁵GUTIÉRREZ COLOMINA, *Régimen jurídico urbanístico del espacio rural*, 1990, p. 39.

⁸⁶ARGULLOL MURGADAS, *Régimen jurídico del suelo no urbanizable*, en BOQUERA OLIVER (coord.), *Derecho urbanístico local*, 1992, pp. 265 ss.

⁸⁷Así, SSTs de 19 de febrero de 1991, 6 de marzo de 1991, 2 de octubre de 1991, 2 de junio de 1993, 11 de noviembre de 1993, 27 de julio de 1994 y 5 de junio de 1995, entre otras.

⁸⁸Sobre tales términos, en cuanto *conceptos jurídicos indeterminados*, vid. el empleo, interpretación e integración que hace de los mismos la jurisprudencia en, por ejemplo, las SSTs de 13 de julio de 1984, 15 de octubre de 1985, 9 de diciembre de 1986, 13 de junio de 1988 o 5 de junio de 1995.

podrán ejecutarse sobre esta clase de suelo edificios aislados destinados a vivienda familiar en lugares en los que no exista la posibilidad de formación de núcleos poblacionales⁹⁰.

VIII. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Las penas previstas para el delito en comentario, de construcción no autorizada en suelos o bienes de especial protección, son las siguientes, con carácter acumulativo (art. 319.2 CP): a) prisión de seis meses a dos años; b) multa de doce a veinticuatro meses; c) inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años.

Sobre este concreto particular, resultan destacables varias consideraciones. En efecto, la articulación, en primer lugar, de la pena de prisión, con unos márgenes temporales que van desde los seis meses a los dos años hará que en la práctica, en la mayor parte de los casos, el sujeto activo de este delito, pueda no cumplir efectivamente tal privación de libertad, y ello bien por aplicación de las reglas de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80 ss. CP), bien por sustitución de la pena de prisión por la de arresto de fin de semana o multa conforme a los módulos legalmente establecidos al efecto (*vid.* art. 88 CP). En segundo lugar, y en lo tocante a la expresa imposición de la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, ha sido este uno de los argumentos más definitivos en los que se ha amparado nuestra jurisprudencia mayoritaria a la hora de considerar el delito en cuanto *especial propio* que sólo puede ser cometido por aquellos profesionales urbanísticos a los que expresamente se refiere el tipo (*promotores, constructores y técnicos directores*), ya que de lo contrario, carecería de sentido inhabilitar profesionalmente, por ejemplo, a un médico que ejecutarse personalmente las obras previstas⁹¹. En tercer lugar, y por lo que respecta a la pena de multa prevista, en este supuesto delictivo particular y conforme a los módulos monetarios legalmente establecidos (cfr. art. 50.4 CP), puede oscilar entre una cantidad mínima de 432,73 euros y una máxima de 216360 euros. Para la determinación de la cantidad concreta a pagar en tal concepto por el condenado, dentro del amplísimo marco de tales márgenes mínimo y máximo, el juzgador penal se atenderá exclusivamente a la situación económica del reo, deduciéndola de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales (art. 50.5 CP, inciso final).

Los profesionales de la actividad urbanística aludidos en cuanto sujetos activos del delito suelen gozar de una buena situación económica, y en muchos casos, también de un importante patrimonio, por lo que es de suponer que la pena de multa, salvo casos excepcionales, será alta dentro de los citados márgenes, máxime cuando, como venimos diciendo, el efectivo ingreso en prisión del reo se llevará a cabo en la práctica muy raramente por los motivos legales precitados, amén de los grandes beneficios económicos que el sujeto activo haya podido obtener con la infracción urbanística. En cualquier

⁹⁰A este último respecto, cfr., por ejemplo: arts. 127 y 128 del citado Decreto Legislativo 1/1990, de Cataluña; arts. 4 a 7 de la citada Ley 9/1994, sobre usos del equilibrio ecológico; art. 53 de la Ley 9/1995 de la Comunidad de Madrid.

⁹¹Así se pone de manifiesto, entre otras, en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid de 1 de diciembre de 1998, y las de Cádiz de 22 de diciembre de 1998, 4 de enero de 1999, 28 de mayo de 1999, 31 de mayo de 1999, 7 de junio de 1999, 22 de septiembre de 1999, 13 de octubre de 1999, 20 de octubre de 1999, 11 de noviembre de 1999, 9 de diciembre de 1999, 24 de enero de 2000, 3 de febrero de 2000, 9 de febrero de 2000, y 16 de febrero de 2000, entre otras.

caso, y a tenor de esto último, resulta criticable que el legislador haya acudido a la previsión de una pena de multa cerrada entre los doce y los veinticuatro meses, y ello cuando el propio Código penal le faculta para establecer la multa *en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo* (art. 52.1 CP), criterios que entendemos más acertados en el ámbito urbanístico, conforme al principio de justicia material, para dejar abierta la cuantía de la multa que el de cerrarla entre los citados márgenes mensuales aplicables en función tan sólo de las circunstancias patrimoniales del reo.

También se establece para este delito la posibilidad de que el juzgador penal, motivadamente, acuerde, a costa del sujeto activo, la demolición de la obra, y ello sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe (art. 319.3 CP). A este respecto, deben ser también tenidas en cuenta, muy especialmente, las reglas sobre responsabilidad civil derivada del delito (vid. arts. 109 ss. CP).

Dentro del marco del Título XVI del Libro II CP de referencia, contexto en el que se encuentra inserto el Capítulo I, tipificador como hemos visto de las diversas modalidades legales de delito urbanístico, se acoge también, a modo cierre, el Capítulo V y final, relativo a las *Disposiciones comunes* (arts. 338 a 340 CP), las cuales también han de ser objeto de atención.

Así, el tenor literal de la primera de las disposiciones cualificadoras aludidas es el siguiente: "cuando las conductas definidas en este Título afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas" (art. 338 CP). Dicha agravación punitiva debe ser, entendemos, objeto de una interpretación restrictiva, y ello por observar que no puede ser de otro modo conforme al principio de taxatividad en la interpretación de la ley penal, derivado de las exigencias del genérico principio de legalidad de tal rama del Derecho. Esta interpretación restrictiva hace preciso un llenado de la norma penal de referencia a través de una remisión al Derecho administrativo en la materia²².

Además de la no poco prolija e inconexa normativa supraestatal, estatal, autonómica y local que existe vigente sobre este concreto particular, a nuestro modo de ver la disposición normativa que ha de considerarse referencial sobre la cuestión no es otra que la Ley 4/1989, de 27 de marzo, sobre conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre. Esta Ley viene a establecer, en el marco del Capítulo II (rubricado *De los espacios naturales protegidos*) de su Título III (relativo a la *protección de los espacios naturales*), un concepto legal administrativo de lo que debe entenderse por espacios naturales, y que en cuanto tal debe servir de a modo de criterio de orientación e integración al juzgador penal que conozca del asunto. En efecto, conforme a la antedicha disposición, son espacios naturales *aquellos espacios del territorio nacional, incluidas las aguas continentales, y los espacios marítimos sujetos a la jurisdicción nacional, incluidas la zona económica exclusiva y la plataforma continental, que contengan elementos y sistemas naturales de especial interés o valores naturales sobresalientes* (art. 10.1). Con mayor particularidad, se vienen en tal norma a clasificar los espacios naturales protegidos dentro de las siguientes cuatro subcategorías (vid. arts. 10 ss.): *parques; reservas naturales; monumentos naturales y paisajes protegidos*.

²²Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Strafgesetze über Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie*, en WAA, *Gedächtnisschrift für W. Marrens*, 1987, pp. 254 s.

Tal cualificación sancionadora por afectación de la conducta típico-urbanística a *espacio natural protegido* resultará aplicable sólo cuando no resulte vulnerado el principio *ne bis in idem*⁹³.

En segundo lugar, prevé el texto punitivo (art. 339 CP) que los jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en el Título XVI del Libro II CP. La adopción de estas medidas previas –cautelares– o bien *a posteriori* –reparadoras–, se encuadra en el marco de las siguientes premisas: a) ha de ser acordada por el juzgador penal en resolución motivada, lo cual en todo caso viene a resultar ciertamente reiterativo atendiendo a la exigencia general de expresa *motivación* de toda resolución judicial en materia penal (cfr. arts. 120.3 CE; 141 y 142 LECR); b) no corresponde al sancionado ejecutar *por sí mismo* la medida en sí, sino tan sólo sufragarla *a su costa*. Y ello por cuanto bien puede ocurrir que el reo, aun cuando sea profesional, y por tanto, perito en materia constructora, no lo sea en materia de reparación del perjuicio urbanístico y/o ecológico causado con la construcción o edificación ilícitamente ejecutada. De ahí que, en suma, el contenido de esta medida sea fundamentalmente patrimonial⁹⁴; c) esta singular vía reparadora se superpone redundantemente a las reglas genéricas sobre responsabilidad civil derivada del delito previstas en sede de Parte general del Código penal, por lo que puede considerarse que se trata, en suma de una cláusula inútil por reiterativa, y en todo caso perjudicial por cuanto tal desdoblamiento en la materia de reparación del daño causado puede inducir al confusiónismo y, en consecuencia, a la merma del principio de seguridad jurídica⁹⁵.

Finalmente, establece el texto punitivo que “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” (art. 340 CP). Como de una primera lectura se deduce, nos encontramos ante una dicción legal *poco feliz*⁹⁶, ya que tal voluntariedad, por parte del sujeto activo de la infracción, es un elemento subjetivo difícilmente constatable desde la objetividad que requiere todo enjuiciamiento jurisdiccional de una conducta⁹⁷.

De ahí que deban ser tenidas en cuenta las siguientes consideraciones: a) no cualquier daño urbanístico es verdadera y objetivamente reparable, sino que habrá que atender a la entidad, dimensiones y consecuencias que para la ordenación territorial o más genéricamente, para el entorno ambiental, y en suma, para la calidad de vida de las personas, haya tenido la infracción urbanística en cuestión; b) el primer modo de reparación no viene a ser otro que la paralización inmediata de la obra. A partir de tal primer paso, cabrán todas las demás medidas reparatorias que sean pertinentes en orden a los aludidos fines; c) una interpretación del precepto laxamente favorable al reo indica que tal repara-

⁹³Vid. sobre la cuestión, aunque en referencia a otros preceptos penales de carácter ambiental, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, Parte especial*, 3ª edic., conforme al Código penal de 1995, *Delitos contra los intereses individuales y colectivos*, 1996, pp. 737 s.

⁹⁴PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/ VALLE MUÑOZ (coord.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 1996, p. 906.

⁹⁵Por todos, QUERALT JIMÉNEZ, *o.c.*, pp. 738 s.

⁹⁶Vid. QUERALT JIMÉNEZ, *Lu.c.*

⁹⁷Vid. MAIHOFFER, *Objektive Schuldemente*, en *VVAH. Festschrift für H. Mayer*, 1966, pp. 165 ss.

ción voluntaria del daño causado no tiene por qué ejecutarla él *de propia mano*, personalmente, sino que bien puede encargarla a un personal más especializado en la misma, sufragando en consecuencia a su costa los gastos de los recursos humanos y materiales necesarios para tal reparación.

Por lo demás, y para el caso de que el daño urbanístico causado sea notablemente relevante y su reparación voluntaria no pueda efectuarse con un carácter más o menos inmediato en el tiempo, se entiende que el reo ha de asumir un compromiso que abarque los siguientes objetivos futuros: a) continuar a su costa las tareas de reparación del daño causado durante el tiempo que sea necesario, incluso si se trata de meses o años, atendiendo a la entidad del mismo; b) facilitar a la Administración competente la información, documentación o material necesarios para el buen fin de tal reparación; c) proporcionar a los ciudadanos más directamente afectados por el daño urbanístico y/o ecológico causado por la obra cuantos medios sean necesarios para paliar las directas consecuencias derivadas del mismo que afecten negativamente a su calidad de vida.

En todo caso, debe atenderse a la presencia en nuestro Ordenamiento punitivo de la atenuante genérica de reparación del daño ocasionado, consistente en “haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral” (art. 21.5º CP). De ahí que, como entiende la doctrina, la voluntaria reparación del daño urbanístico y/o ecológico a que se refiere expresa y específicamente el art. 340 CP deba ser llevada a cabo, integrando el precitado art. 21.5º, antes de la celebración del acto del juicio oral⁹⁸.

Finalmente, destacar que conforme a la presencia de la citada circunstancia atenuante genéricamente prevista en sede de Parte general del texto punitivo, de reparación del dano causado, puede también entenderse que esta específica cláusula prevista en el art. 340 CP está de más, y ello por redundar y distorsionar (cfr. art. 66 CP, reglas 2ª y 4ª especialmente), lo ya establecido con carácter general en el Libro I del propio texto punitivo español.

⁹⁸En tal sentido, SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal, Parte especial*, cit., p. 594.