

**LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL  
TERRITORIO Y EL URBANISMO EN SENTIDO  
ESTRICTO. EL ARTÍCULO 319 DEL CÓDIGO  
PENAL**

**Director de la Tesis:**

Dr.Dr.h.c.m.v.D. L. Morillas Cueva

**Doctoranda:**

Lda. Doña M<sup>a</sup> José Sánchez Robert

Firma:

Firma:

Editor: Editorial de la Universidad de Granada  
Autor: M<sup>a</sup> José Sánchez Robert  
D.L.: GR 2317-2012  
ISBN: 978-84-9028-204-5

# LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO EN SENTIDO ESTRICTO. EL ARTÍCULO 319 DEL CÓDIGO PENAL.

## CAPÍTULO PRIMERO: INTRODUCCIÓN.

I. Consideraciones generales.....	5
II. La ordenación del territorio en los Proyectos anteriores al Código Penal de 1995.....	8
III. La protección de la ordenación del territorio en el Código Penal de 1995.....	15
1. Delimitación de los delitos.....	15
2. Disposiciones comunes.....	17
3. La protección de la ordenación del territorio y el urbanismo tras la Ley Orgánica 5/2010, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995.....	19

## CAPÍTULO SEGUNDO: BIEN JURÍDICO Y NATURALEZA.

I. Cuestiones preliminares.....	26
II. Constitución y ordenación del territorio y urbanismo.....	31
III. Derecho Administrativo y Derecho Penal en la protección de la ordenación del territorio y urbanismo.....	38
IV. El bien jurídico en referencia al Título XVI del Código Penal.....	52
V. El bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos del artículo 319 del Código Penal.....	56
1. Problemática doctrinal. La función social de la ordenación del territorio y el urbanismo.....	56
2. Tesis formal.....	77
3. Tesis material.....	81
4. El bien jurídico protegido a juicio de la jurisprudencia.....	87
VI. Posición personal.....	95
VII. Naturaleza de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.....	97

## CAPÍTULO TERCERO: ESTRUCTURA JURÍDICA DEL DELITO URBANÍSTICO.

I. Cuestiones previas.....	110
II. Tipo básico. Artículo 319.2 del Código Penal.....	117
1. Juicio de antijuridicidad.....	118
1.1. Tipo de injusto.....	119
1.1.1. Conducta típica.....	119
1.1.2. Objeto material: el suelo no urbanizable.....	144
1.1.3. Sujetos.....	149
1.1.4. Elemento subjetivo del tipo. El dolo como referencia típica.....	180
1.2. Causas de exclusión de la antijuridicidad.....	184
2. Juicio de culpabilidad.....	192
2.1. El dolo como elemento autónomo.....	193
2.2. Exigibilidad o no exigibilidad.....	202
3. Error.....	204
3.1. Error de tipo.....	204
3.2. Error de prohibición.....	208
III. Tipo agravado. Artículo 319.1 del Código Penal.....	214
1. Cuestiones previas.....	214
2. 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.....	215
3. Valoración conjunta.....	255

**CAPÍTULO CUARTO: ESPECIALES FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO.**

I. Delito consumado y tentativa.....	260
II. Autoría y participación.....	268
III. Delito continuado.....	276
IV. Relaciones concursales.....	282

**CAPÍTULO QUINTO: CONSECUENCIAS JURÍDICAS.**

I. Cuestiones previas.....	298
II. Penalidad.....	300
1. Pena para las personas físicas.....	305
2. Pena para las personas jurídicas.....	313
III. La facultad de ordenar la demolición de obra.....	329
IV. La reposición de la realidad física alterada.....	375
V. La responsabilidad civil en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.....	376
VI. El comiso de las ganancias provenientes del delito.....	383
VII. La prescripción del delito y de la pena.....	387

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>397</b>
--------------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFÍA CITADA.....</b>	<b>413</b>
---------------------------------	------------

<b>ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS CITADAS.....</b>	<b>441</b>
---	------------

<b>ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CITADAS.....</b>	<b>441</b>
--	------------

<b>ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO CITADAS.....</b>	<b>442</b>
---	------------

<b>ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES Y TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA CITADAS.....</b>	<b>447</b>
---	------------

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>456</b>
--------------------------	------------

## **CAPITULO PRIMERO: INTRODUCCIÓN.**

## I. CONSIDERACIONES GENERALES.

En la Constitución Española de 1978 se adopta una primera regulación positiva respecto al medio ambiente, en sentido estricto, en su artículo 45<sup>1</sup>, en el que se contempla una remisión expresa a la ley, para que establezca sanciones penales o administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado, en relación a quienes violen “la utilización racional de los recursos naturales”. Este artículo, sin embargo, no se refiere expresamente ni a la ordenación del territorio ni al urbanismo.

Por otra parte, en el artículo 148.1<sup>2</sup>, referido a las competencias que las Comunidades Autónomas pueden asumir, nuestra Norma Fundamental va a distinguir, en atención a los diferentes intereses a proteger, entre las competencias relativas a la ordenación del territorio, por una parte, y el medio ambiente, por otra, igual que ocurrirá, como veremos, en el Código Penal. En este precepto no se contiene ninguna regulación expresa de estas materias, sino tan sólo la remisión a una posible regulación autonómica diferenciada de ambas, quedando patente, en todo caso, la necesidad de protección.

Va a ser objeto de discusión si, como “ultima ratio”, el Derecho Penal es el instrumento adecuado para impedir o por lo menos prevenir los abusos urbanísticos, teniendo en cuenta que el Derecho Administrativo incluye en su marco de actuación como objeto específico, el Derecho urbanístico, disponiendo de esta manera sanciones urbanísticas como medidas preventivas y represivas, de ahí la duda de la intervención penal como “ultima ratio”.

---

<sup>1</sup> En concreto, el artículo 45 de la Constitución Española literalmente dispone:

“1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”. Sobre los delitos contra el medio ambiente y el artículo 45 de la Constitución, vid., por todos, PERIS RIERA, J.M.: Delitos contra el medio ambiente, Colección de Estudios, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia, 1984, págs. 12-35.

<sup>2</sup> Cfr. el artículo 148.1 de la Constitución Española que literalmente dispone:

“1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias...

3º Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda....

La ordenación del territorio aparece contemplada en el artículo 47 de la Constitución Española, al proclamar la necesidad de la regulación de “la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”, teniendo en cuenta, previamente, el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, debiendo los poderes públicos promover las condiciones necesarias y establecer “las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho”; no obstante, la Constitución no exige que la ordenación del territorio sea, en concreto, contemplada por el Derecho Penal como bien jurídico protegido<sup>3</sup>.

En relación al patrimonio histórico y el medio ambiente, sí se exige expresamente la protección penal en los artículos 45 y 46 de la Constitución<sup>4</sup>, estableciendo este último la necesidad de garantizar la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico, sancionando la ley penal los atentados contra este patrimonio. Por tanto, queda clara la necesidad de legislar penalmente para proteger el medio ambiente y el patrimonio histórico.

Sin embargo, y como hemos indicado, respecto a la ordenación del territorio, se deja abierta la cuestión y será el legislador el que deberá plasmar en la normativa, general o específica, si es digno o no de protección penal este bien jurídico-la ordenación del territorio-, en el marco de una política criminal adecuada. Por este motivo, se ha planteado la posibilidad de aplicar sanciones administrativas, prescindiendo del Derecho Penal, mediante esquemas legislativos que desarrollan una Ley urbanística: la Ley del Suelo. No obstante, la mayoría de la doctrina ha

---

<sup>9</sup> La gestión en materia de protección del medio ambiente...”

<sup>3</sup> El artículo 47 de la Constitución Española establece: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”.

<sup>4</sup> El artículo 46 de la Constitución Española establece: “Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”.

considerado conveniente tipificar y penalizar al menos las infracciones urbanísticas más graves<sup>5</sup>.

Por otra parte, aparece como necesaria la protección penal del urbanismo, entendido como un concepto más estricto, pero igualmente precisado de protección.

La ordenación del territorio, a un nivel global, incluye conceptos amplios de carácter medioambiental, urbanístico, o incluso social; de hecho, la Carta Europea de Ordenación del Territorio la define como “la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda la sociedad”. El urbanismo, en sentido amplio, haría referencia a la calidad del marco físico de la vida o hábitat, y en un sentido más concreto, como indicó, y a título de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 13 de junio de 2003, sería aquel sector de la ordenación del territorio que viene a cumplir las funciones de creación, mantenimiento y mejora de los núcleos de población; la ordenación y gestión jurídica de la actividad de planeamiento territorial, régimen del suelo, ejecución de construcciones y edificaciones, etc...y todo ello con la finalidad específica de hacer posible la vida en común de los ciudadanos en una sociedad urbana.

Para conseguir una protección de la ordenación del territorio y el urbanismo en la dimensión amplia a que acabamos de aludir, sería necesario, bien aprobar una ley general o especial de protección penal del medio ambiente o la ordenación del territorio y el urbanismo, bien delimitar el tipo penal, o añadir disposiciones penales a las normativas sectoriales reguladoras del régimen de estos bienes jurídicos protegidos.

Existen argumentos a favor y en contra de la inclusión en el Código Penal de la protección de la ordenación del territorio y el urbanismo. A favor, el afianzamiento o reforzamiento que supone su inclusión en el Código Penal (dentro del texto punitivo) y su conocimiento por parte de la sociedad, además de que de esta manera se conseguiría una armonización de las disposiciones penales, permitiendo un enfoque diferente de las mismas. Aunque, en relación a estos argumentos, según

---

<sup>5</sup> Cfr., por todos, GARCÍA PLANAS, G.: El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio), “Colección los delitos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 35-36.

considera GARCÍA PLANAS, probar el aumento de la eficacia preventivo-general por el simple hecho de incluir dichas normas en el Código Penal, parece muy difícil y sin embargo, mediante los medios de comunicación se podrían defender mejor dichos preceptos<sup>6</sup>.

El legislador español optó, como veremos, por incluir, de forma limitada, dichos delitos en el Código Penal, tanto en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980, como en la Propuesta de Anteproyecto de 1983. En opinión de DE LA CUESTA ARZAMENDI, la regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio junto a los delitos del medio ambiente es político-criminalmente correcta con el objetivo de mejorar la calidad de vida<sup>7</sup>.

La protección penal de la ordenación del territorio no se llevó finalmente a cabo hasta el Código Penal de 1995, habiendo sido reguladas las infracciones urbanísticas, hasta entonces, tan sólo como infracciones administrativas. Dichas infracciones se han contemplado en el Decreto 2187/1978, de 23 de junio de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (Texto Refundido, Decreto 1346/1976), en la Ley del Suelo de 1992, la vigente Ley del Suelo aprobada por el T.R. 2/2008, y, en virtud de la competencia legislativa en esta materia de las distintas Comunidades Autónomas, en sus propias normas autonómicas de disciplina urbanística.

## **II. LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN LOS PROYECTOS ANTERIORES AL CÓDIGO PENAL DE 1995.**

Desde el Texto Refundido del Código Penal de 23 de diciembre de 1944, sexto en el índice cronológico, se producen multitud de reformas y modificaciones, que finalizarán con la aprobación de la Ley de 15 de noviembre de 1971, que, a su

---

<sup>6</sup> Cfr. GARCÍA PLANAS, G.: El delito urbanístico, op. cit., pág. 36.

<sup>7</sup> Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI: Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente (T. XIII, L.II Pancp 83). Documentación jurídica. Ministerio de Justicia. Volumen 2, enero-diciembre, 1983, pág. 119.

vez, dará lugar al Texto Refundido de 1973, aprobado por Decreto de 14 de septiembre de 1973, el cual supone, a nuestro entender, una nueva refundición más, por lo que se continuó denominando Código penal de 1944, o bien, Código Penal de 1944/1973. En este Texto Refundido no aparece aún ninguna regulación penal protectora del medio ambiente, y mucho menos de la ordenación del territorio.

Hubo un primer intento de tipificación penal de algunos aspectos de la ordenación territorial en el Proyecto de Ley Orgánica del CP de 1980. En concreto, aludía a los “Delitos contra la ordenación urbanística” y estaba ubicada en el Capítulo X, dentro del Título VIII, que llevaba por rúbrica “Delitos contra el orden socio-económico”, como una tipificación requerida por la sociedad. Se trataba de una nueva categoría delictiva, pero en opinión de BOLDOVA PASAMAR<sup>8</sup>, demasiado genérica para ser justificada. La ordenación territorial se caracterizaba, entonces, por la ausencia de control de los Ayuntamientos, y en ella existían graves problemas como consecuencia de la mala utilización del suelo y del urbanismo en general.

Existía un rechazo social a la especulación del suelo y a los grandes beneficios económicos de la construcción, destacando la elaboración de planes urbanísticos y proyectos de urbanización que repercutían en unos pocos y no en la colectividad, dando lugar a la especulación. Se precisaba la adopción de medidas preventivo-administrativas y el control sobre la aplicación de leyes y reglamentos, pero no una clara criminalización de las conductas.

En concreto, los artículos 382 a 385 del Proyecto de 1980 configuraban como delitos graves contra la ordenación urbanística, varias actuaciones, destacando el hecho de que la actuación de los sujetos activos se veía tipificada en relación a la información favorable respecto de los “Proyectos de edificación o concesión de licencias notoriamente contrarias a las normas urbanísticas vigentes” o la “votación de su ilegalidad” por “los miembros del organismo otorgante” según lo dispuesto en el artículo 384 de este Proyecto. Las enmiendas propuestas a este articulado, que

---

<sup>8</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M. A: Los delitos urbanísticos, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 35.

fueron tenidas en cuenta por la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, dieron al traste con este Proyecto.

La Propuesta de nuevo Código Penal de 1983 (en adelante PANC) agrupa en un mismo Título, el Título XIII del Libro II, los delitos sobre la ordenación del territorio y el ambiente (“De los delitos relativos a la ordenación del medio ambiente” artículos 307 a 309)<sup>9</sup>, pero después ambos intereses protegidos se separan en dos capítulos. Por un lado, tendríamos el Capítulo I “De los delitos relativos a la Ordenación del Territorio” y por otro, el Capítulo II “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”.

En los artículos relativos a la protección del territorio, se preveían dos tipos básicos y uno cualificado. Los tipos básicos, por una parte, se referían a la construcción sin licencia y con daño grave a los intereses protegidos por el ordenamiento urbanístico, en suelo inedificable o destinado por el planeamiento a equipamientos públicos o de interés comunitario (artículo 307.1), y por otra parte, a la parcelación o levantamiento de edificios excediéndose de alturas o volúmenes, realizados en contravención grave de las normas urbanísticas (artículo 308.1). El tipo agravado se aplicaría cuando concurriese alguna de las actividades del tipo básico en el suelo destinado a viales, zonas verdes, áreas docentes, espacios libres o valores de considerable valor paisajístico, histórico o cultural. Se trataba de delitos especiales

---

<sup>9</sup> El **artículo 307** de la PANC de 1983 dispone literalmente “1. Los promotores, empresarios, técnicos o directores de obras que, actuando sin licencia, dañaren gravemente los intereses protegidos en el ordenamiento urbanístico, en el suelo inedificable o destinado por el planeamiento a equipos públicos o de interés comunitario, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años.

2. Se impondrán las penas en su mitad superior si la obra se levantase en suelo destinado a viales, zonas verdes, áreas docentes, espacios libres o lugares de considerable valor paisajístico, histórico o cultural.

3. En cualquier caso el Tribunal motivadamente podrá ordenar a cargo del autor del hecho, la demolición de una obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.

El **artículo 308** de la PANC de 1983 dispone “1. Se impondrán las mismas penas establecidas en el artículo anterior, en sus respectivos casos a los empresarios, promotores, técnicos o directores que, contraviniendo gravemente las normas urbanísticas, realizaren parcelaciones o levantasen edificios excediéndose en la altura o volumen autorizadas en las ordenanzas, planes de urbanismo o licencia que les hubiese sido otorgada.

2. Para valorar la desproporción de las alturas o volúmenes, el Tribunal tendrá en cuenta no sólo la legislación general o especial aplicable al caso, sino también las alturas o volúmenes corrientes en la zona y el daño causado al entorno natural o artístico.

3. En su caso será de aplicación lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo anterior”.

El **artículo 309** de la PANC de 1983 establece que “cuando los delitos definidos en los artículos anteriores fuesen cometidos a través de sociedades o empresas se podrán imponer a éstas la medida de prohibición de realizar la actividad de construcción o promoción de edificios por tiempo de uno a tres años.

En caso de habitualidad, tal prohibición podrá imponerse con carácter definitivo”.

propios, ya que existía una limitación de los sujetos responsables, y así mismo, se preveía la demolición de la obra como consecuencia accesoria<sup>10</sup>.

Se mantiene una preocupación por una mayor precisión y seguridad en los tipos penales, lo que conlleva la eliminación de los términos más antiguos para conseguir una terminología más adecuada y precisa. Mediante un tipo cualificado, el legislador pretende la aplicación constitucional del artículo 46 de la Constitución Española y protege de esta manera el interés histórico, cultural o el interés paisajístico, tipificándolos dentro del tipo cualificado. De esta forma, se tipifican las infracciones urbanísticas consideradas como graves, surgidas a través de la voluntad político criminal; como ejemplo el legislador se va a referir al levantamiento de edificios, levantamiento de construcciones o de obras y parcelaciones, que supongan gravemente la contradicción con normas urbanísticas. Se mantienen, no obstante, las dificultades para delimitar lo que denominamos injusto penal e injusto administrativo. Al tipificar las conductas contempladas en los artículos 307 y 308 se introducen normas penales en blanco, lo cual supone que sean normas imprecisas y vagas, al igual que la vaga definición de las conductas punibles. En estos delitos, que se consideran especiales propios, se alude a las conductas dolosas y se definen como sujetos del delito los “promotores, técnicos o directores de obra”.

Ni la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, ni la operada por la Ley Orgánica 7/1987, de 11 de diciembre afectaron, de una forma directa, a la protección penal de la ordenación del territorio y el urbanismo.

El Anteproyecto de Código Penal de 1992 retoma la idea de la tutela directa de la legalidad urbanística, creándola como título dentro del marco del texto primitivo. Pretende, además, plasmar esta idea en la protección de los recursos naturales, teniendo en cuenta que lo lleva a cabo mediante una agrupación tripartita, añadiendo la protección de los recursos naturales y de la vida silvestre; la rubrica de la siguiente manera “De los delitos relativos a la ordenación del territorio, medio ambiente, caza y pesca”, ubicándolos más concretamente en los artículos 303 y

---

<sup>10</sup> Cfr. GARCÍA PLANAS, G.: El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio), op. cit., pág. 41.

304<sup>11</sup>, que corresponden al primer capítulo, de este Anteproyecto de Código Penal de 1992.

Este novedoso precepto -artículo 303- no fue aceptado por la doctrina científica ni tampoco por el Consejo General del Poder Judicial, el cual se pronuncia en su informe de la siguiente manera: “Debe volverse, sin duda alguna, a la redacción de los artículos 307 a 309 de la PANC de 1983. Si no se acota el círculo de los sujetos activos en el ámbito de los funcionarios y de los profesionales y se prescinde del grave daño a los intereses por el planeamiento, la esfera de las conductas punibles resulta desmesurada. Sería el autor del delito el particular que por sus propios medios se construye en suelo no urbanizable una “chabola de segunda residencia” (supuesto muy frecuente en algunas zonas determinadas), o el que instala sin autorización un chiringuito playero de cierta permanencia. La redacción del Proyecto es, por ello, indefendible”.

Se pone, claramente de manifiesto, la conveniencia de la tipificación de las formas más graves de vulneración de la legalidad urbanística, a pesar de los problemas, según lo manifestado por el Consejo General del Poder Judicial, acerca de la autoría y complicidad, pues los sujetos del delito son limitados (además de los funcionarios facultativos y miembros de organismos otorgantes de la autorización, los promotores, empresarios, técnicos o directores de obras). El delito se conceptúa como delito común y no como delito especial, dando lugar a un retroceso que se valora desde el punto de vista de la seguridad jurídica, en contraste con la PANC de 1983.

---

<sup>11</sup> El **artículo 303** del Anteproyecto de Código Penal de 1992 dispone literalmente “1. Se impondrán las penas de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, cuando se llevare a cabo una construcción no autorizada en suelo no urbanizable o en lugares de considerable valor paisajístico, artístico, histórico o cultural.

2. Los que derribaren o alteraren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico o monumental serán castigados con las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.

3. En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar a cargo del autor del hecho, la demolición, o, en su caso, reconstrucción de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este artículo”.

Por otra parte, el sistema de las competencias afecta al principio de legalidad, al poder sancionar conductas idénticas tan diferenciadamente como diversas sean las normativas autonómicas. La doctrina mayoritaria entiende que no se daría esta vulneración, porque el sistema de fuentes es compartido, asumiendo las Comunidades Autónomas la regulación adaptada a su visión de necesidades, que pueden ser dispares. Deberá acudir a estas diferencias para examinar su conformidad con la legalidad jurídica.

Al transformarse en Proyecto, el Anteproyecto de 1992, éste se vio alterado en una pequeña parte, siendo modificada igualmente su ubicación, al pasar a situarse los delitos en cuestión en los artículos 310 y 311<sup>12</sup>. El nuevo Proyecto se refiere, en el Título XIII, a los delitos relativos a la ordenación del territorio y a la protección de los recursos naturales y de la vida silvestre.

El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal del año 1994 ubicó los delitos contra la ordenación del territorio en los artículos 305 y 306<sup>13</sup>. Este Proyecto dio

---

<sup>12</sup> El artículo 310 del Proyecto de 1992 dispone literalmente: “1. Se impondrán las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por un tiempo de seis meses a tres años, cuando se llevare a cabo una construcción no autorizada en suelo no autorizable o en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, artístico, histórico, cultural o por los mismos motivos hayan sido de especial protección.

2. Los que derribaren o alteraren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, y en todo caso inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.

3. En cualquier caso los Jueces o Tribunales motivadamente, podrán ordenar a cargo del autor del hecho, la demolición o, en su caso, reconstrucción de la obra sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este artículo”.

<sup>13</sup> El artículo 305 del Proyecto de Código Penal de 1994 dispone literalmente: “1. Se impondrán las penas de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses o inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos-directores que llevaren a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Los que se derribaren o alteraren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, y en todo caso inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.

3. En cualquier caso los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición o en su caso, reconstrucción de la obra, sin perjuicio de las

lugar al Código Penal de 1995, partiendo de una regulación semejante al proyecto anterior. Los sujetos activos del delito, que son castigados con las mismas penas, serían los promotores, constructores o técnicos directores que llevaran a cabo una construcción no autorizada en viales, zonas verdes o lugares que tuvieran legal o administrativamente reconocido su valor artístico, paisajístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hubiesen sido considerados de especial protección (artículo 305.1).

En la tramitación parlamentaria se fue configurando la tipificación actual, destacándose los avances en el Congreso de los Diputados, de modo que en su apartado primero se establecieron referencias como “suelos destinados a viales y zonas verdes”, además del establecimiento de bienes de dominio público. Por otro lado, en el Congreso tuvo lugar, además, la inclusión de un nuevo párrafo del artículo (actual apartado segundo), para castigar las construcciones no autorizadas de forma independiente en suelo no urbanizable, en la enmienda (número 616) del grupo socialista. En el Senado se perfila esta nueva tipificación en la enmienda de CIU (número 203). En dicho sentido, hay que reservar el carácter del delito para los supuestos en los que no sea posible legalizar la construcción, por esto surge la expresión “no autorizable” del actual artículo 319.2 del Código Penal (sugerido por Coalición Canaria (enmienda número 138).

Con todos los anteriores intentos de regulación en los Proyectos indicados, llegaremos al texto del Código Penal de 1995, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en el que viene recogida la redacción del precepto que afecta a la materia objeto de estudio, que tan sólo será modificado, posteriormente, en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. El precepto en cuestión se encuentra en el Título XVI, capítulo I, artículo 319, y bajo la rúbrica que, en un primer momento, lleva por título “De los delitos sobre la ordenación del territorio”.

---

indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este artículo”.

El **artículo 306** del Proyecto del Código Penal de 1994 dispone literalmente: “Los funcionarios facultativos que, a sabiendas, hubieran informado favorablemente proyectos de edificación o derribo, o la concesión de licencias notoriamente contrarias a las normas urbanísticas vigentes, y los miembros del organismo otorgante que hubiesen otorgado su concesión, a sabiendas de su ilegalidad, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, con la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cinco años”.

### **III. LA PROTECCIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995.**

#### **1. Delimitación de los delitos.**

En el Título XVI del Libro II del Código Penal, se recoge en cinco Capítulos, una amplia gama de figuras delictivas, donde se materializa un cambio esencial en la tutela penal de los bienes jurídicos que aquí se protegen, y que se van a ubicar en dicho capítulo titulado, en un primer momento, “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y a la protección del patrimonio histórico y medio ambiente”.

En relación al recurso natural “suelo”, se proyectan valores paisajísticos que forman con él una unidad representativa del ambiente que debe ser protegida, y respecto a la cual encontraremos la problemática de las construcciones ilegales, edificaciones no autorizables en determinados suelos y zonas, incluso la necesidad de demolición de edificios singularmente protegidos, que atenten contra el paisaje natural o cultural.

No se han podido tipificar conjuntamente estas conductas: en unos casos, como pueden ser, por ejemplo, los tipos de los artículos 325 o 328 del Código Penal, el desvalor del resultado se sustancia con la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos, y en otros, se produce la efectiva lesión de los mismos, como sucede en el artículo 319. En ocasiones, partiendo del punto de vista de las conductas típicas, se recurre a los delitos de mera actividad (afectan a la lesión o peligro del bien jurídico protegido), y en otros, a los de resultado estructural (la producción de un resultado sería separable temporalmente de la acción).

Se plantea, en el Título XVI, la cuestión esencial de si se protegen tres bienes jurídicos distintos (la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente) o si de forma contraria, se reconoce la influencia del concepto de medio ambiente del ordenamiento jurídico italiano, y se debe entender el bien jurídico como único, el ambiente, dentro del cual se incluye la ordenación del territorio (ambiente urbano), el patrimonio histórico (ambiente natural) y el ambiente y los recursos

naturales (ambiente natural). La tesis italiana es avalada por la inclusión en el Título XVI, en su último Capítulo, de disposiciones comunes, de cuyo contenido se deduce que se dirigen al medio ambiente en términos de protección.

El Título XVI aglutina la protección penal del medio ambiente, el patrimonio histórico-artístico, la fauna y flora y el urbanismo, lo cual ha favorecido el tratamiento común por la doctrina. Y las razones de esta ligazón las encontramos, no sólo en la Exposición de Motivos de 1992, sino en el propio artículo 45 CE (consideración conjunta del medio natural y medio urbano). Se van a incardinar la fijación de los usos de suelo y la localización de infraestructuras que entrañan una actuación sobre la naturaleza. El urbanismo y la ordenación del territorio contribuyen a lograr una mayor calidad de vida, siendo el territorio el marco y referencia de los fenómenos ambientales<sup>14</sup>.

Desde la “ecología jurídica”, resulta comprensible que el territorio, junto con el agua, aire, fauna y flora integren el sistema ambiental, por lo que un planteamiento razonable de la política de conservación y mejora del medio en que la vida se desarrolla, requiere una contemplación conjunta y armónica de la problemática estrictamente ambiental y de la ordenación del territorio, si bien el Derecho, y el Derecho Penal, más concretamente, requieren conceptos precisos<sup>15</sup>. Ciertamente, puede calificarse al urbanismo como “región fronteriza ambiental” como hace DE LA CUESTA ARZAMENDI, quien sostiene que “desde un prisma jurídico, el derecho de la ordenación del territorio y el derecho ambiental constituyen disciplinas separadas, autónomas, con muchos puntos en contacto (...), pero con diverso enfoque y estrategia, lo que justifica su no confusión”<sup>16</sup>.

Dicha separación, desde una óptica jurídica, entre medio ambiente natural y ordenación del territorio, estaría justificada aun reconociendo las políticas que

---

<sup>14</sup> Vid. el artículo de MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: “Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio”, en *La Ley, Revista Penal*, núm. 8, Salamanca, julio 2001.

<sup>15</sup> Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “La tutela del medio ambiente. Análisis de sus novedades más importantes”, en *La Ley, Revista Penal* 1996-2, pág. 1551.

<sup>16</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Protección penal de la ordenación del territorio y el ambiente (Título XIII, L II, PANCP 1983)”, *Documentación Jurídica*, nº 37/40, vol. II, 1983, pág. 881.

tienden a la mejora de la calidad de vida y que “el urbanismo integra con el medio ambiente una unidad estructural”<sup>17</sup>. Al separar la Constitución ambas disciplinas, tanto en presentación como respecto a los principios rectores (artículos 45 y 47), se va a configurar el medio ambiente como objeto de protección jurídica independiente del urbanismo y la ordenación del territorio<sup>18</sup>, por más que se trate de conceptos próximos. Consideramos oportuno traer a colación, aquí, la opinión expresada por MORILLAS CUEVA en el sentido de que la fijación del bien jurídico desde parámetros generales o más particulares, dependerá en gran medida de la fórmula empleada por el legislador para su tutela, con independencia de las propuestas de lege ferenda que se puedan realizar<sup>19</sup>.

En el título XVI del Código Penal, se regulan en diferentes capítulos los “Delitos sobre la ordenación del territorio” (Capítulo I) y los “Delitos contra los recursos naturales y medio ambiente” (Capítulo III), presentando problemas cercanos entre el uno y el otro, al igual que mantienen peculiaridades parecidas.

## **2. Disposiciones comunes.**

A las disposiciones comunes referentes a los “delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente” se dedica el capítulo V del Título XVI del Código Penal de 1995, que va a defender la tesis de un único bien jurídico común, que atiende más a su contenido que a la función que desempeña, como una forma de cierre simbólica.

Existen tres disposiciones comunes. La primera, contenida en el artículo 338, establece que “cuando las conductas definidas en este Título afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas”. Las conductas típicas (conductas ilegales, demoliciones...), quedan

---

<sup>17</sup> Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J.M.: Derecho Penal de la Empresa, Trotta, Madrid, 1995, pág. 210.

<sup>18</sup> Cfr. ORTEGA MONTORO, R.: “Los delitos de Ordenación del Territorio en el Código Penal de 1995”, La Ley, nº 4426, 1997, pág. 1539.

<sup>19</sup> Cfr. MORILLAS CUEVA, L.: “Protección penal del agua (1)”, Cuadernos de Política Criminal (segunda época), núm. 82, 2004, pág. 58.

reducidas a lo que son: formas de ataque realizadas en cualquier sitio y por el mismo motivo, también en un espacio natural protegido<sup>20</sup>.

Los problemas de agravación de la pena, conllevan problemas de coordinación en virtud del mayor contenido del injusto, pues se ha tenido en cuenta la naturaleza del espacio natural protegido. La agravación no puede ser aplicable en estos casos, pues constituye el contenido especial del tipo básico. En el artículo 319, ese dato se utilizaría para considerar típica la construcción no autorizada-en suelos y zonas- en el caso en que se lleve a cabo en los “lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico...”, que son los espacios protegidos por la Ley de Espacios Naturales Protegidos.

El artículo 339 dispone 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 este Título”. Son aplicables, pues, dichas medidas cuando se haya producido el perjuicio o daño al equilibrio ecológico.

Respecto a la restauración del equilibrio ecológico, a que se refieren los capítulos III y IV, si se incluyera la adopción de medidas tendentes a ello, serían aplicables también en relación al caso de una construcción no autorizada; así y como ejemplo, un espacio natural protegido, en el cual se vulnerase el equilibrio de los ecosistemas allí presentes. En la medida en que se ha de restaurar el equilibrio ecológico, se debe admitir que también en relación al Capítulo I, el ambiente sería un bien jurídico digno de protección.

En relación al equilibrio de los ecosistemas naturales, la realización de una construcción o edificación dentro de un espacio natural protegido ha constituido

---

<sup>20</sup> Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos urbanísticos, Cedecs Derecho Penal, Barcelona, 1997, pág. 93.

fundamento para condenar al Estado español, por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>21</sup>.

Finalmente, y también como disposición común, el artículo 340 del Código Penal va a disponer 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”. Esta disposición se aplicará, en cualquier caso, a todos los delitos incluidos en el Título XVI.

### **3. La protección de la ordenación del territorio y el urbanismo tras la Ley Orgánica 5/2010, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995.**

Ante todo, debemos de partir de la consideración de que en la redacción primitiva del Código Penal de 1995, el artículo 319 se rubricaba “Delitos sobre la Ordenación del Territorio”, y con la reforma operada por la Ley 5/2010, se van a denominar “Delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo”. Se hace, así, una referencia expresa al “urbanismo”<sup>22</sup>.

La urbanización ha constituido, en los últimos años, una forma de financiación para la Administración Pública, fundamentalmente local, una manera de obtener grandes beneficios económicos para todos aquellos que se han dedicado al negocio inmobiliario<sup>23</sup>. El Derecho Administrativo se ha mostrado ineficaz ante los delitos urbanísticos. Tras quince años desde la aprobación del Código Penal de 1995, con los primeros intentos serios respecto a la erradicación o minimización de estos delitos, nuevamente el legislador ha utilizado el Derecho Penal como herramienta sancionadora.

---

<sup>21</sup> Cfr. la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 2 de agosto de 1993 (asunto 355/90), sobre las Marismas de Santoña.

<sup>22</sup> GORRIZ ROYO, E., Los delitos sobre la ordenación del territorio: arts. 319 y 320, en ALVAREZ GARCÍA, F./GONZALEZ CUSSAC, J. L (Dir.), Reforma Penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág.367.

<sup>23</sup> Cfr, en este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C., Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 y 320 CP). En QUINTERO OLIVARES, G., La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios, Thomson Reuters, pág. 270.

En la nueva redacción de la Ley 5/2010, se ampliará, además, el ámbito de las conductas típicas a las obras ilegales o clandestinas de urbanización, endureciéndose las penas impuestas.

Van a ser distintos los lugares donde el hecho delictivo del artículo 319.1 del Código Penal, se lleva a cabo. En la primera redacción del Código Penal de 1995, se trata de una construcción no autorizada en 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. A partir de la reforma de la Ley 5/2010, se trata de obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables, en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público (a los que se les reconozcan legal o administrativamente su valor paisajístico, artístico, ecológico o cultural o que hayan sido considerados de especial protección).

En el artículo 319.2, en la antigua redacción, la pena consistía en 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. La actual redacción de la Ley 5/2010 establece la pena privativa de libertad de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses (salvo que el beneficio fuese superior a la cantidad resultante). En este caso concreto, la multa sería el triplo de dicho beneficio y la inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

El lugar donde se realiza la obra también varía, puesto que para el legislador de 1995 se trataba de una edificación no autorizable en suelo no urbanizable. En cambio, para el legislador de 2010 se trata de obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos no urbanizables.

Comparando la antigua redacción del 319.3 del Código Penal de 1995, ésta varía en relación a la facultad de los Jueces y Tribunales. En la antigua redacción de forma motivada, los Jueces y Tribunales ordenan a cargo del autor del hecho la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones a terceros. En la nueva redacción, los Jueces y Tribunales podrán ordenar a cargo del autor del hecho la demolición de la obra y reposición a su estado originario de la realidad física

alterada; sin perjuicio de las indemnizaciones a terceros de buena fe. En todo caso, se dispondrá del comiso de las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

Debemos hacer aquí una referencia especial a algunas modificaciones relativas la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incorporadas en la Ley Orgánica 5/2010, y que afectan a los delitos objeto de estudio. A partir de la entrada en vigor de la reforma, las personas jurídicas van a tener responsabilidad penal, considerándose capaces de delinquir.

Esta responsabilidad penal, a que nos referiremos más ampliamente en otro capítulo de la tesis, dedicado a las consecuencias jurídicas de los delitos tipificados en el artículo 319 del Código Penal, se ubica en el artículo 130<sup>24</sup>, en el apartado segundo, que cambiaría su redacción con la modificación a raíz de la reforma de la Ley 5/2010. La incorporación de este artículo en el Código Penal, va a suponer la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y todos los entes societarios. La equiparación entre la persona física y jurídica o moral, constituye una ficción jurídica más que necesaria, desde la perspectiva de QUINTERO OLIVARES,

---

<sup>24</sup> La redacción del artículo 130 del Código Penal quedaría de la siguiente manera: “1. La responsabilidad criminal se extingue:

1º Por muerte del reo.

2º La transformación, fusión, transformación, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

No se extingue la responsabilidad penal por la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores o empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

3º Por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 85.2 de este Código.

4º El indulto.

5º Por el perdón del ofendido, cuando la Ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla.

En los delitos o faltas contra menores o incapacitados, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.

6º Por la prescripción del delito.

7º Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad”.

Este artículo fue anteriormente modificado por la L. O. 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modificó la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (“B. O. E” 26 de noviembre), que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

aunque mayor ficción sería, desde su punto de vista, entender que el concepto muerte del reo pueda extenderse sin problemas a la persona jurídica<sup>25</sup>.

En el actual apartado cuarto del artículo 319 del Código Penal<sup>26</sup>, modificado por la Ley 5/2010 de 22 de junio de 2010, se introduce esta novedosa previsión que, en coherencia con el artículo 31 bis del Código Penal<sup>27</sup> habilita el castigo directo de

---

<sup>25</sup> QUINTERO OLIVARES, G (Dir.), La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios, Aranzadi S. A, Thomson Reuters, primera edición, Navarra, 2010, pág. 117.

<sup>26</sup> “En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.

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

<sup>27</sup> “1.En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos las personas jurídicas también serán penalmente responsables de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas por el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya de cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aún cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que hubieran hecho posibles por no haber ejercido el debido control, circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido, o se hubiese sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial que se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5.Las disposiciones relativas a la responsabilidad de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias, las Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas, o cuando se trate de Sociedades mercantiles o Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

las personas jurídicas que actúan en el ámbito urbanístico. Para los casos en que la persona jurídica pueda ser considerada como responsable penalmente, la consecuencia jurídica sería una multa de uno a tres años. La excepción estaría en los casos en que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante de la imposición de la anterior multa. Se computa para dichos casos la multa mediante un sistema proporcional, siendo posible que la cantidad oscile del doble al cuádruple del montante del beneficio obtenido<sup>28</sup>.

Otra novedad de este apartado cuarto, es la posibilidad de imponer a aquellas personas jurídicas las penas ubicadas en el apartado 7º del artículo 33 del Código Penal apartados b) a g). Se trataría de medidas como la disolución de la persona jurídica, suspensión de sus actividades, clausura de sus locales, prohibición de realizar en el futuro actividades, inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas y la intervención judicial en la salvaguarda de los derechos de los trabajadores. Será preciso atender a los distintos presupuestos para la aplicación de alguna de estas medidas, referidas a la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas y que están previstas en el artículo 66 bis del Código Penal<sup>29</sup>.

---

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales penales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que se aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”

<sup>28</sup> GORRIZ ROYO, E., Delitos sobre la ordenación del territorio: artículos 319 y 320., en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J/GONZALEZ CUSSAC, J. L (Dir.): Comentarios a la Reforma Penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 378.

<sup>29</sup> “En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes:

1ª En los supuestos en que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta:

- a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.
- b) Sus consecuencias económicas o sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.
- c) El puesto en que la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

2ª Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- a) Que la persona jurídica sea reincidente.
- b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5ª, del primer número del artículo 66.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está en este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”.

Finalmente, y respecto a las disposiciones comunes, que, como hemos indicado, resultarán también aplicables a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, destaca la nueva redacción del artículo 339, según la cual “los Jueces o Tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título”. La protección penal se hace, ciertamente, más intensa, al obligar a la adopción de determinadas medidas, si bien éstas habrán de considerarse “necesarias”, en orden a la protección de los bienes tutelados. En el reforma de 2010, se consideran, como hemos indicado, ilegales las construcciones o edificaciones en suelo natural especialmente protegido, por lo que será la jurisprudencia la que deberá determinar la aplicación de esta disposición en relación a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

Tras haber aludido brevemente, en este capítulo introductorio, a la evolución legislativa de la protección del territorio y el urbanismo en el ámbito penal, corresponde ya pasar a analizar el tema del bien jurídico protegido, atendiendo a la Constitución y a la norma penal vigente, cuyo estudio es de gran relevancia para el trabajo desarrollado.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: BIEN JURÍDICO Y NATURALEZA.**

## I CUESTIONES PRELIMINARES.

La insuficiencia o dispersión de la normativa reguladora del urbanismo, que ha permitido importantes desmanes en nuestro país en relación a éste, ha originado la discutida necesidad de la intervención penal para proteger en sentido amplio la utilización racional del suelo<sup>30</sup>. Ciertamente, esta situación no resultaba fortuita ni era imposible de predecir a la vista del urbanismo desenfrenado que se ha potenciado enormemente desde las instancias de control en bastantes países y durante muchos años.

El concepto de bien jurídico protegido establece el límite al *ius puniendi* y precisa, en cada caso, los comportamientos que han de ser tipificados como delito en el Código Penal. A raíz de la vigente redacción del artículo 319, se va a otorgar especial importancia a la protección de la ordenación del territorio y el urbanismo (materia que se encuentra claramente administrativizada), considerándose cuestiones de gran trascendencia y relevancia, y en relación a las cuales la intervención penal dependerá exclusivamente del posicionamiento que se adopte respecto al bien jurídico tutelado.

Para delimitar el objeto digno de protección penal, la doctrina se ha esforzado en concretar el mismo: la ordenación del territorio y el urbanismo, aunque dicho bien jurídico se encuentra sometido a una fuerte discusión acerca de la necesidad de intervención penal a la hora de castigar el delito. Se desata dicha polémica doctrinal al elevar los ilícitos administrativos a categorías delictivas, siempre teniendo en cuenta el principio de intervención mínima del Derecho Penal<sup>31</sup>.

Como hemos delimitado en el Capítulo anterior, los delitos en cuestión están ubicados en el Título XVI del Código Penal que se rotula “de los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el

---

<sup>30</sup> Abiertamente en contra de la criminalización de las conductas hoy castigadas en el Capítulo I del Título XVI del Libro II del Código, se ha mostrado entre otros: SILVA SÁNCHEZ, J. M. “Introducción. Necesidad y legitimación de la intervención penal de la tutela de la ordenación del territorio” en DE LA MATA BARRANCO (editor), Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, ed. Instituto Vasco de la Administración pública, Oñati, 1998, págs 15 y ss.

<sup>31</sup> Cfr., por todos, SÁNCHEZ DOMINGO, M.B: Delitos urbanísticos, Colección Monografías Penales, Lex Nova, Valladolid, 2008, págs. 26-27.

medio ambiente” y siendo su contenido muy novedoso en nuestro ordenamiento penal, puesto que hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995 no se había conocido dicha materia. Únicamente, como indicamos, la regulación del artículo 347 bis del Código Penal de 1973 se refería el medio ambiente de forma genérica.

En el Código Penal, reformado por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, la normativa es novedosa, completa, moderna y detallada. La propia Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, mediante la cual se aprobó el Código Penal de 1995 presentaba entonces la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y los recursos naturales, poniendo de manifiesto “la opción legislativa de la resolución de la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia”<sup>32</sup>. El legislador, por tanto, ha sido consciente de la necesidad de proteger penalmente estos novedosos bienes jurídicos que vienen a ser supraindividuales o de titularidad difusa, no constituyendo en sí mismos derechos fundamentales, pero sí un ámbito esencial en el desarrollo de la vida social. La fundamentación constitucional de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo se ubica entre los artículos 45 a 47 de la Constitución, en los que se garantizan el derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, la conservación y el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y los bienes que lo integran, y la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

Este grupo de delitos constituye un nuevo caso de extensión del Derecho Penal a ámbitos notoriamente normativizados en los que el número y alcance de las infracciones de la legislación existente se considera intolerable y alcanza una significativa alarma social. En la intervención penal se parte de la idea de que los reforzamientos de los mandatos jurídicos a través de la amenaza de la sanción penal constituye una vía idónea para disminuir el número de infracciones<sup>33</sup>. Evidentemente

---

<sup>32</sup> LAMARCA PÉREZ, C., Derecho Penal. Parte Especial, Colex, 5ª Edición, 2010, pág 435.

<sup>33</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M., Delitos sobre la ordenación del territorio, Sentencia del TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 8/2000, Editorial Aranzadi S. A, Universidad de León, Pamplona, 2000, en revista electrónica: Westlaw.es, pág. 1.

este no es siempre el caso<sup>34</sup>, debido a varias razones, que van desde las propias causas de la proliferación de infracciones, que suelen estar enraizadas en fenómenos sociojurídicos, no fáciles de encauzar con regulaciones normativas, hasta la dificultosa y muchas veces, técnicamente deficiente descripción legal de las conductas delictivas, que ocasiona efectos perturbadores de tipo punitivo, por exceso y por defecto, además de graves problemas procesales<sup>35</sup>. Será preciso realizar una clara delimitación entre normativa administrativa y penal, en el sentido de la necesaria justificación de la regulación penal de esta materia.

El bien jurídico protegido tiene ciertas particularidades, ya en su esencia no es de carácter individual -como la mayor parte de los delitos tradicionales- sino colectivo; protege intereses de toda la sociedad<sup>36</sup>, y tanto de sus miembros actuales como futuros<sup>37</sup>. Se les llama intereses jurídicos difusos<sup>38</sup> en atención a sus

---

<sup>34</sup> Manifiesta también sus reservas SERRANO GÓMEZ, en Derecho Penal. Parte especial, 4ª Edición 1999, págs 555-556. Muy crítico desde la perspectiva del merecimiento de la pena, SILVA SÁNCHEZ, en “Necesidad y legitimación de la intervención penal en la tutela de la ordenación del territorio”, DE LA MATA BARRANCO, en Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, op. cit., 1998, pág 15 y ss., y destacan las reflexiones político-criminales, al hilo del Derecho comparado, que realiza DE LA CUESTA ARZAMENDI., “Consideraciones acerca de los delitos sobre la ordenación del territorio a la luz del Derecho Comparado”, en DE LA MATA BARRANCO (ed.), op. cit. págs. 197 y ss.

<sup>35</sup> Vid. Sobre la actividad judicial en relación con estos delitos, ACALE SÁNCHEZ., Primeros pronunciamientos jurisprudenciales en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio: Comentarios a la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 3 de Jerez de la Frontera, de 7 de mayo de 1998; Actualidad Penal, 1999, págs 1 y ss.

<sup>36</sup> SERRANO GÓMEZ, A./ SERRANO MAILLO, A., Derecho Penal. Parte Especial, 15ª Edición, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 682.

<sup>37</sup> Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “El medio ambiente como bien jurídico tutelado”, en El delito ecológico, 1992, págs 41 y ss. RODRIGUEZ RAMOS, L., Compendio de Derecho penal. Parte Especial, Madrid, 1987, págs. 108 y ss.

<sup>38</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A., Los delitos urbanísticos, Atelier, Barcelona, 2007, pág 24. SILVA SÁNCHEZ, J. M. “¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código Penal”, en La Ley, 1997-3, pág 1716., MORALES PRATS, F., “Técnicas de tutela penal de los intereses difusos”, en Cuadernos de Derecho Judicial. Intereses difusos y Derecho Penal, 1994, Madrid, págs, 75 y ss. Distinguiendo interés general de interés colectivo y difuso, GÓNZALEZ RUS, J. J., “Puntos de partida de la protección del patrimonio histórico, cultural y artístico”, en Anuario, 1995, pág 54 y ss. , RODRIGUEZ RAMOS, Derecho Penal. Parte Especial, III, op. cit., pág 164. “Se trata así de un bien jurídico comunitario de los llamados “intereses difusos”, pues no tiene así un titular concreto, sino que su lesión –en mayor o menor medida- perjudica a toda una colectividad. Su protección –entiende la doctrina más autorizada- se inscribe en el fenómeno más general de su incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos y que obedece a la exigencia de intervención de los poderes públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con el Estado social y democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución” (sent. de 28 de marzo de 2006).

características<sup>39</sup>. El interés particular que pueda verse afectado en esta materia, deberá tener sus propios cauces de protección, especialmente en el ámbito civil.

Resulta necesaria la protección de bienes jurídicos colectivos, también denominados difusos, supraindividuales o sociales, entre otras designaciones. Ello supone tanto la criminalización de nuevas conductas como el adelantamiento del momento de la intervención punitiva, a fin de satisfacer tales necesidades de protección<sup>40</sup>. Sin lugar a dudas, una intervención tardía en el ámbito penal, y tras haberse evitado la intervención administrativa, podría ocasionar daños irreparables a la colectividad.

Ha de ser valorada positivamente la renuncia por parte del legislador a consagrar un bien jurídico excesivamente amplio, centrandó su protección en una faceta, la urbanística, que es lesionable y afectable por los nuevos delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo; es en este sentido en el que hay que entender el bien jurídico delimitado por el legislador, pues a pesar de que se centre en el ámbito urbanístico, no por ello deja de referirse a la ordenación territorial<sup>41</sup>. Así pues, el bien jurídico protegido sería la ordenación del territorio y el urbanismo, en una acepción restringida a aquel conjunto de actuaciones y disposiciones urbanísticas que tienen como objeto la salvaguarda del interés general<sup>42</sup> de la sociedad<sup>43</sup>. Serán los intereses protegidos los que habrán de ser plasmados en los diferentes tipos penales.

Entre los muchos interrogantes que plantean los delitos urbanísticos en sus nuevos tipos penales, quizá el primero de ellos sea el relativo al bien jurídico protegido, que se pretende tutelar en las distintas tipicidades del Código Penal que se incorporan respecto de estos delitos. Este viene constituido en su mayor parte por el interés por el cumplimiento de la ordenación territorial legal o reglamentariamente

---

<sup>39</sup> Vid. MORALES PRATS, op. cit. págs. 75 y ss. SAÉNZ DE PAPIÓN Y MENGES, J., Tratado penal del espacio: El territorio, el suelo y la ciudad: ¿Globalización o reinención de lo local?, ed. La Ley, Madrid, 2003, págs. 86 y ss.

<sup>40</sup> FRANCIS LEFEBVRE, Ordenación del territorio y urbanismo, Memento Experto. Reforma Penal de 2010. Ley Orgánica 5/2010, 3502, Capítulo 16, Madrid, 2010, pág. 349.

<sup>41</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., en Francis Lefebvre, Delitos contra la ordenación del territorio, Memento Práctico, Urbanismo, 2010, pág. 1752.

<sup>42</sup> Francis Lefebvre, Delitos contra la ordenación del territorio, Memento Práctico, Urbanismo, 2010, pág. 1752.

establecida frente a conductas que vulneran el urbanismo y su defensa, o expresado en otros términos, la normativa reguladora de la ordenación del territorio y el urbanismo<sup>44</sup>, que tiende a mejorar y proteger la calidad de vida de todos los elementos del mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 de nuestra Norma Fundamental. Este interés parte de la idea de concebir el urbanismo como un sector de la ordenación del territorio que consiste en la determinación de los usos del suelo en relación a la creación, mantenimiento y mejora de los núcleos de la población. El bien jurídico protegido, como veremos, no es tanto la normativa urbanística (o territorial) sino el valor material conjunto de intereses colectivos fundamento de la misma. En definitiva, se trata de hacer posible la vida en común de los individuos en una sociedad, lo que significa que dicho interés penalmente tutelado equivale, asimismo, a la calidad de vida en el marco físico o a la calidad del hábitat<sup>45</sup>.

Tras examinar los preceptos constitucionales que, de forma más o menos explícita, se refieren a la ordenación del territorio y el urbanismo, así como el papel que, en la protección de estos, juegan Derecho Administrativo y Derecho Penal, centraremos nuestra atención en las diversas tesis doctrinales en torno al bien jurídico protegido, así como en los juicios jurisprudenciales en la materia, para referirnos, finalmente, a la naturaleza de estos delitos.

---

<sup>43</sup> Cfr., por todos, SÁNCHEZ DOMINGO, M.B: Delitos urbanísticos, Colección Monografías Penales, Lex Nova, Valladolid, 2008, págs. 26-27.

<sup>44</sup> AAVV., “Algunas reflexiones sobre el “nuevo” Derecho Urbanístico en el proyecto estatal de la del suelo: desarrollo urbanístico sostenible y protección penal”. En Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm 232, Marzo, 2007, revista electrónica, vLex, pág 21.

<sup>45</sup> En este sentido, BARRIENTOS PACHO., “Delitos relativos a la ordenación del territorio” en La Ley, Tomo VI, Madrid, 1996, pág 1557, y URRAZA ABAD “Delitos relativos a la ordenación del territorio: principales polémicas y primeros posicionamientos jurisprudenciales”, en Actualidad Penal, 27, 2001, pág 564.

## **II. CONSTITUCIÓN Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO.**

En la Constitución, la ordenación del suelo aparece como un derecho -no fundamental-, dentro de los principios que rigen la política social y económica. Lo que significa que la ordenación del territorio constituye un valor para la sociedad y para el individuo; es un bien jurídico constitucional y por tanto, es digno de protección. En concreto, nuestra Carta Magna se refiere a la ordenación del territorio en su artículo 47, aludiendo, además, en los artículos 45 y 46, respectivamente, al medio ambiente y a la conservación del patrimonio artístico, histórico o cultural, valores claramente vinculados.

En los artículos 45 y 46 se prevén sanciones penales (en el 45 alternativamente a las sanciones administrativas y en el 46 de forma impositiva), mientras que el 47 omite toda referencia al Derecho Penal. Ello no quita legitimidad a la decisión del legislador de decantarse por incriminar como delito las conductas de utilización del suelo con fines edificatorios contrarios al interés general y gravemente atentatorios contra el orden urbanístico.

La justificación esgrimida para la tipificación penal de determinadas conductas en dicho ámbito proviene de la tradicional ineficacia de la regulación administrativa para proteger de forma efectiva la ordenación del territorio, que tiene fundamento en la Constitución Española.

La referencia a la utilización del suelo del artículo 47 del Código Penal se lleva a cabo dentro de un marco ambiental más amplio. En efecto, en el artículo 45 de la Constitución, que se refiere al medio ambiente en sentido estricto, se señala en su número 3, para los que violen lo dispuesto en el apartado anterior<sup>46</sup> y según fije la ley, el establecimiento de las sanciones penales, o en su caso administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado; lo mismo ocurre en el artículo 46 que se dedica a la garantía, por parte de los poderes públicos, de la conservación y

---

<sup>46</sup> Artículo 45.2: “Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

promoción del enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural o artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad<sup>47</sup>, en el que el Derecho Penal tiene poca presencia, al menos de manera directa.

En relación con el texto constitucional, la ordenación del territorio se atribuye a los poderes públicos como competencia y consiste en la regulación de la utilización del suelo para determinar el sistema social, el relacionado con el interés general de la sociedad. De este precepto se derivan dos competencias: los poderes públicos adoptan medidas necesarias, implantando una política de planificación y ordenación del suelo, teniendo en cuenta su uso social; y además, se desprende de dicho precepto, otra idea: los poderes públicos tienen la obligación de proteger el suelo como recurso natural, además, de procurar que existan las adecuadas condiciones para que todos los ciudadanos gocen del efectivo derecho a una vivienda (digna y adecuada). Debido al mandato constitucional, los poderes públicos adoptan, en respuesta, la función de ordenación de los desarrollos urbanos y la construcción con fines de uso social y control. De esta forma, se encargará también de decidir dónde sí y dónde no se puede construir.

Aunque no se especifica que se trate de un recurso natural, el artículo 47 de la Constitución Española protege la utilización del suelo y, al estar informada por el interés general, trata de evitar principalmente la especulación. Va a establecer, además, que la comunidad puede participar en las plusvalías, debido a la transformación del suelo en urbano, para dedicarlo a la construcción de viviendas<sup>48</sup>, por lo que también en este aspecto están presentes los intereses generales.

El artículo 47 de la Constitución se refiere a un recurso natural (en cuanto que expresa valor material). Por dicho motivo exige una política de ordenación y regulación del suelo, mediante una serie de condiciones que proporcionan, a través

---

<sup>47</sup> El último inciso de del artículo 46, con el que finaliza, es categórico “La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”.

<sup>48</sup> Cfr. SÁNCHEZ DOMINGO, M.B.: Delitos urbanísticos, Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 28.

de la política ordenacionista, un entorno adecuado para la protección de nuestros recursos naturales y la redistribución de la población. Debemos centrarnos en un objetivo común, una función esencial como es la planificación, respecto a la que se atribuye la finalidad de la ordenación del territorio. Según BASSOLS, la planificación debe operar como técnica, ya que “permite configurar las grandes directrices de la ordenación urbanística del territorio español en función de las conveniencias de la ordenación social y económica para el mayor bienestar de la población”<sup>49</sup>.

El artículo 47 de la Constitución reconoce, pues, implícitamente, la planificación urbanística, dirigida a la actividad social, como actividad pública dirigida a la ordenación del territorio. Ésta se consigue mediante el planeamiento. Debido a tales consideraciones, un amplio sector de la doctrina penal va a insistir en la conexión existente entre la ordenación del territorio y la calidad de vida de las ciudades<sup>50</sup>, lo cual está cargado de razón.

SÁNCHEZ DOMINGO es de la opinión de que, sin negar la conexión entre dichos bienes, y declarando que a su vez ésta es factible con el contenido del artículo 45 de la Constitución, pese a ello no se puede aceptar que sea la calidad de vida la única finalidad del valor “ordenación del territorio”<sup>51</sup>, opinión a la que me sumo.

Respecto a lo anteriormente expuesto, resulta imprescindible reconocer el valor de la ordenación del territorio, lo cual se reafirma en el artículo 47 de la Constitución Española, aunque no solamente en este artículo se encuentra la protección constitucional de los delitos contra la ordenación del territorio, sino también en el artículo 45.2 de la Norma Fundamental. Aparece relacionado dicho

---

<sup>49</sup> Vid. BASSOLS COMA, M.: “El medio ambiente y la ordenación del territorio”, en Documentación Administrativa, nº 190, 1981, págs. 407 y ss.

<sup>50</sup> Vid. BASSOLS COMA, M.: “El medio ambiente y la ordenación del territorio”, en Documentación Administrativa, nº 190, 1981, págs. 407 y ss. Cfr. CARMONA SALGADO, C.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico”, en Derecho Penal Español, Parte Especial (Coord. M. Cobo del Rosal), 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, pág. 654. RODRIGUEZ RAMOS vincula los dos bienes-ordenación del territorio y calidad de vida-, especificando la calidad del hábitat como marco físico del entorno humano. Cfr. RODRIGUEZ RAMOS, L. “La protección penal del urbanismo (pautas para criminalizar algunas conductas)”, Revista de Derecho Urbanístico, núm.81, 1983, pág. 39.

<sup>51</sup> Cfr. SÁNCHEZ DOMINGO, M.B: Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 30.

precepto con la protección del suelo, por la referencia que hace a los recursos naturales, es decir al medio ambiente.

En el artículo 47 el legislador constitucional, según el profesor MORILLAS CUEVA, se limita a una previsión referencial con el establecimiento de las normas pertinentes para hacer efectivo su cumplimiento. Por ello cabría preguntarse si dicha descripción constitucional, sin aludir expresamente al Derecho Penal, muestra la intención legislativa de no acudir a él en estos supuestos. La contestación es negativa, puesto que el hecho de que no se haga expresamente una remisión al Derecho Penal, como sí se hace en otros artículos precedentes, no ha de suponer la negación en todo caso de las hipótesis punitivas, sino la apertura absoluta a la decisión del legislador ordinario sobre la exigencia o no de una intervención penal<sup>52</sup>. Entendemos, pues, compartiendo esta opinión, que queda perfectamente abierta la posibilidad de la protección penal de los intereses a que se refiere el artículo 47 de la Constitución, posibilidad que el legislador ordinario podrá pasar a considerar como conveniente, e incluso necesaria.

El artículo 47, ciertamente, y a diferencia del 45, no ordena la protección penal. La falta de pronunciamiento constitucional expreso ha avalado la consideración, con la que SÁNCHEZ DOMINGO tampoco está de acuerdo, de una ausencia de tutela penal, que se constituiría en el impedimento para otorgar la protección -penal- a la ordenación del territorio, así como su calificación como bien jurídico penal<sup>53</sup>. En la alternativa de exigir o no tutela penal del bien jurídico, el legislador deja abierta la cuestión, sin decidir en sentido negativo. Se pueden incriminar como delitos, como dijo BOLDOVA PASAMAR, las conductas de utilización del suelo con fines edificatorios, ya que aunque el artículo 47 CE omita toda referencia al Derecho Penal, no omite la legitimidad del legislador y el Código Penal no se encuentra limitado por previsiones penales de la Constitución en la protección de los intereses colectivos<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Cfr. MORILLAS CUEVA, L.: "Städtebaudelikte zwischen Realität und Expansion", en AAVV: Strafrecht als Scientia Universalis, libro homenaje a Claus Roxin, vol. II, De Gruyter, München, 2011, pág. 1680.

<sup>53</sup> Cfr. SÁNCHEZ DOMINGO, M.B: Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 37.

<sup>54</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR M.A, Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 39.

El hecho de que se silencie un mandato penal de tutela respecto a la ordenación del territorio, y en cambio nuestra Constitución sí la prevea para el medio ambiente en el artículo 45, no debe ser obstáculo para el desarrollo de la legislación penal de protección del orden territorial. La conclusión es que el legislador ha dejado abierta o imprejuizada dicha opción.

Para configurar la ordenación del territorio como objeto de protección jurídica de forma independiente al medio ambiente, la propia Norma Fundamental nos da las pautas en la base de los artículos 148.1.9º y 149.1.23º, acerca de las competencias estatales y autonómicas, distinguiendo el apartado 9º del artículo 148.1 entre “ordenación del territorio, medio ambiente y vivienda” y el apartado 23º del artículo 149.1, la gestión en relación a la protección al medio ambiente. Sin negar la relación que existe entre ambos valores, se ha destacado su autonomía e independencia; aunque no exista unidad orgánica, se puede defender un tratamiento unificado de los mismos (ordenación del territorio y medio ambiente)<sup>55</sup>, al menos en lo que se refiere a su necesaria protección.

Por otra parte, debemos considerar que el principio de proporcionalidad o de intervención mínima constituye un límite para imponer sanciones penales en sentido amplio que tiene el legislador. Se trata de límites que, en nuestro caso, van a determinar si la ordenación del territorio es un bien jurídico protegido digno, necesitado y susceptible de tutela penal. Como he indicado antes, ésta debe constituir la última ratio dentro de nuestro Ordenamiento jurídico, sancionando comportamientos antijurídicos en última instancia, constituyendo dichos principios un límite al poder punitivo del Estado.

Tenemos que cerciorarnos de que estamos ante un interés fundamental para la vida social, que forma parte de la protección penal. El artículo 47 CE nos indica la importancia del bien “ordenación del territorio”, pero no implica necesariamente que sea digno de protección penal. Hay que precisar, y en definitiva delimitar, qué

---

<sup>55</sup> Cfr. SÁNCHEZ DOMINGO, M.B: Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 39.

comportamientos tienen que ser castigados con pena criminal y especificar los límites que intervienen en dicho ámbito.

El legislador extrae los valores de la política-criminal con los que se configura el ordenamiento jurídico, es su función. Es decir, los valores que constatan la relevancia social y son referencia -mediata o inmediata- de las necesidades del individuo, con el fin de determinar el bien jurídico protegido. Esta es la función de los parámetros constitucionales que configuran el Ordenamiento jurídico; además de ello, se deduce que es imprescindible el papel de la Constitución para concretar en la sociedad el sistema de valores.

Las exigencias del principio de proporcionalidad establecerán un catálogo punitivo de valores constitucionales y bienes jurídicos, aunque la Norma Fundamental garantiza el reconocimiento por los poderes públicos, de los derechos y garantías. Y el artículo 47 CE va a plasmar la “ordenación del territorio” como un derecho que determina el reconocimiento de la necesidad de la pena. Además, y según el artículo 53.3 CE, el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero -en el que se encuentra el artículo 47- “informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”.

Es necesario introducir en la ordenación del territorio la disciplina penal presidida por la “ultima ratio”, debido a que constituye el objeto específico del Derecho Urbanístico (que prevé instrumentos preventivos y sancionadores). Los planteamientos que favorecen la incriminación de determinadas conductas infractoras han tenido presente la coordinación y estratificación de la tutela penal y administrativa, teniendo en cuenta, siempre, el principio de intervención mínima. En cualquier caso, será difícil fijar los criterios en dicho sentido<sup>56</sup>. De hecho, y como vimos, estos criterios han variado en la evolución del Código Penal,

---

<sup>56</sup> Cfr. QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), MORALES PRATS (Coord): Comentarios al Código Penal Español, Tomo II, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pág. 663.

Resulta dudoso que el Derecho Penal, aun siendo la última rama del Derecho a la que acudimos en nuestro Ordenamiento jurídico, como *ultima ratio*, sea el más adecuado y eficaz instrumento a efectos de proteger la naturaleza colectiva o difusa que no alude de forma directa al “entorno urbano”, sino que se refiere a él indirectamente, contemplando la tarea del legislador extrapenal, que es desarrollada por las Administraciones públicas en la ordenación del territorio<sup>57</sup>. Es lógico que se multipliquen las críticas a la autonomía jurídico-penal de los preceptos contenidos en el CP, y en concreto en su artículo 319, ya que dicha autonomía rige de forma más específica en el ámbito del Derecho Urbanístico, el cual dispone de sanciones urbanísticas que forman parte de los mecanismos preventivos y represivos<sup>58</sup>, tema al que nos referiremos seguidamente.

En modo alguno se puede negar la protección constitucional de la que la ordenación del territorio es objeto, como demuestra el artículo 47 en su mandato, dirigido a los poderes públicos, con la finalidad de la regulación de la “utilización del suelo de acuerdo al interés general de impedir la especulación”. El Código Penal se podrá utilizar como mecanismo sustitutivo de control para las deficiencias e imperfecciones del Derecho Administrativo, que en este caso es el Urbanístico, inoperante e ineficaz, y que trata de mitigar la LRSOU<sup>59</sup> y la normativa complementaria de ésta como es la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre la Ordenación de la Edificación (la que a partir de ahora denominaremos LOE)<sup>60</sup>, tema al que inmediatamente nos referiremos.

---

<sup>57</sup> Cfr. CARMONA SALGADO, C.: “Delitos sobre la ordenación del territorio...”, en Derecho Penal Español, Parte Especial, op. cit., pág. 672.

<sup>58</sup> Vid., como ejemplo, el amplio elenco de sanciones recogido en el Título VII la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

<sup>59</sup> Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

<sup>60</sup> CARMONA SALGADO, C.: “Delitos sobre la ordenación del territorio...”, en Derecho Penal Español, Parte Especial, op. cit., pág. 673.

### III DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PENAL EN LA PROTECCIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO

Para referirnos a las relaciones entre Derecho Administrativo y Derecho Penal, respecto a la protección de la ordenación del territorio y el urbanismo, hay que partir necesariamente de una breve alusión a la distinción de estos términos que, como vimos, ha tenido reflejo en la reciente evolución legislativa.

Se puede deducir que, con anterioridad a la Reforma de 2010, un importante sector de la doctrina, entre la que se encuentra GÓRRIZ ROYO, identifican el bien jurídico tutelado en el ámbito penal, con el *nomen iuris* de la “ordenación del territorio”, siendo las agresiones técnicas urbanísticas, el medio de ataque más usual contra el mismo. “El urbanismo” era entendido, en cambio, como una técnica agresora de la “ordenación del territorio” y no como un interés vinculado al mismo<sup>61</sup>. Sin embargo, el legislador de 2010 parece haber desoído esta interpretación, además de ajustarse con bastante fidelidad al fenómeno criminológico que se trata de castigar, es decir, a los llamados “delitos urbanísticos”.

Ello obliga a realizar una interpretación que salve en la mayor parte de lo posible la contradicción entre el bien jurídico “ordenación del territorio” y el concepto, hasta ahora sostenido mayoritariamente, del “urbanismo” con base en el ámbito administrativo. Una posible interpretación parte del presupuesto ya indicado por un sector de la doctrina penal (ACALE SÁNCHEZ, GÓRRIZ ROYO, BOLDOVA PASAMAR), según la cual “ordenación del territorio” es también “urbanismo”, en sentido descendente. En el ámbito extrapenal “ordenación del territorio” es un supra concepto que aglutina diversos aspectos o momentos de todo proceso de organización del suelo o del territorio (desde la función pública). No se impide, de esta manera, de acuerdo con lo dicho anteriormente, que en sentido amplio la “ordenación del territorio” incluya además la preocupación por “hacer ciudad” es decir por “urbanizar”. El concepto “ordenación del territorio” sería un

---

<sup>61</sup> GÓRRIZ ROYO, E., Los delitos sobre la ordenación del territorio: artículos 319 y 320 del CP en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J/ GÓNZALEZ CUSSAC J. L (Dir.), Comentarios a la Reforma Penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 368.

macro concepto, siempre desde la base del Derecho Administrativo que integra técnicas que a su vez están encaminadas a la preservación del suelo en su consideración de recurso natural, y por lo tanto se encuentran vinculadas al medio ambiente. Esta interpretación que se compadecía con la rúbrica del Título XVI del Código Penal de 1995, parece no hacerlo con el “urbanismo” como objeto de tutela en dicho título. Pese a que tampoco se considera que a raíz de ello pueda extraerse como conclusión, que el legislador haya pretendido “formalizar” el bien jurídico en dichos delitos.

Por ello, si tenemos en cuenta que el Derecho Penal es independiente en el establecimiento de sus presupuestos, y además, que la concepción de la “ordenación del territorio” procedente del Derecho Administrativo puede “modularse” en el ámbito penal, para mantener una interpretación coherente entre los delitos del Título XVI y la realidad criminológica que estos delitos tratan de combatir, puede entonces decirse que la referencia al “urbanismo” no es más que una especificación de la “ordenación del territorio”. En este sentido, pero dicho de otro modo, ambos bienes jurídicos serían el mismo, aunque el último sería más amplio y en él tendría cabida “el urbanismo”. Para GÓRRIZ ROYO ambos intereses se pueden interpretar procedimentalmente, como las razones que justifican la intervención penal en este ámbito y de ahí que sea necesario explicar y concretar su preciso entendimiento<sup>62</sup>.

El legislador introdujo estos delitos en el Código Penal de 1995 con el fin de reforzar la tutela de la ordenación del territorio contenida en el Derecho Administrativo, que en la actualidad se halla establecida, fundamentalmente, en la Ley 8/2007, de 28 de mayo sobre el Suelo. Por lo tanto, se reconocía, como opinión dominante, y con anterioridad a la reforma, que el bien jurídico penalmente protegido coincidía con el definido por el Derecho Administrativo, en concreto, la ordenación del territorio o el uso racional del suelo<sup>63</sup>. Teniendo en cuenta la caracterización del bien jurídico y la proximidad de los delitos urbanísticos con las infracciones administrativas, no resulta extraño que, como ya apuntamos, se haya

---

<sup>62</sup> GÓRRIZ ROYO, E., Los delitos sobre la ordenación del territorio: artículos 319 y 320 del CP en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J/ GÓNZALEZ CUSSAC J. L (Dirs.), Comentarios a la Reforma Penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 368 y 369.

criticado la creación de los delitos sobre la base del principio de intervención mínima, y en concreto la ausencia de merecimiento de la pena.

El más alejado de los planteamientos sobre el bien jurídico, en relación a la intervención penal lo constituye la propuesta alemana. Partiendo de una tutela administrativa de la actuación urbanística, propicia un sistema administrativo de la actuación urbanística, inclinándose por una intervención basada en infracciones al orden -Ordnungswidrigkeiten<sup>64</sup>-, que en el Derecho Penal tiene poca presencia, por no decir ninguna, al menos de manera directa.

Esta cuestión se aborda desde dos dimensiones competenciales, en una concurrencia normativa en el ámbito citado que en ocasiones se presenta como farragosa, de prevención y sanción de las posibles infracciones en relación con la construcción: por un lado la correspondiente a nivel federal; por otro, la propia de los diferentes Länder<sup>65</sup>.

La primera de ellas, se instrumentaliza a través del Código Federal de la Construcción (Bundesbaugesetz), que señala principalmente de qué manera y en qué medida las formas de construcción han de aplicarse en las parcelas edificables. Dicho Texto legal responde a la versión que se publicó el 23 de septiembre de 2004, que fue modificado por el artículo 4 de la Ley 31 de julio de 2009 (BGB I) y sitúa las

---

<sup>63</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Delitos relativos a la ordenación del territorio...en Derecho Penal. Parte Especial, AA. VV, Tirant lo Blanch, 2ª Edición, Valencia, 2008, en CD.

<sup>64</sup> En el ámbito germano se lleva a cabo a través de la ley penal económica (Wirtschaftsstrafgesetz-WiStG) de 26 de junio de 1949 redactada bajo la influencia directa de Eberhard Schmidt y sobre las ideas anteriores de Goldshmidt, en ella se introduce una distinción conceptual entre los hechos que atacan a los bienes jurídicos y merecen la calificación de delitos (Straftaten) y los hechos que se relacionan con un interés genérico y una armónica colaboración entre el ejecutivo y los ciudadanos, otorgándole la menos grave calificación de las infracciones administrativas (Ordnungswidrigkeiten). Posteriormente, el 25 de marzo de 1952 se dictó la primera ley general Ordnungswidrigkeiten (OWIG 1952) en la que se intentó dar traslado con carácter general lo que hasta este momento estaba ceñido al ámbito económico, la estructura autónoma de este tipo de infracciones y sanciones de índole ya esencialmente administrativa. Sin embargo, la reforma decisiva de las Ordnungswidrigkeiten se produce con la nueva OWIG de 24 de mayo de 1968 que presenta indudables mejoras en el sistema como la eliminación de los tipos mixtos, o las referidas a las garantías procesales. A partir de aquí se han ido añadiendo otras en un intento de perfeccionar dicho modelo. Por todos, vid, ROXIN, C., Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I., München, 2006, S. 31-32 und 58-59. Sobre el pensamiento de este autor al respecto, vid: MORILLAS CUEVA, L., “Apuntes sobre las relaciones entre el Derecho penal y las demás ramas del Ordenamiento jurídico” en Revista de la Facultad de Derecho de Granada, núm 11, 1986, págs 97 y ss.

<sup>65</sup>Cfr. MORILLAS CUEVA, L.: “Städtebaudelikte zwischen Realität und Expansion”, op.cit, pág. 1683.

principales materias para que se dé un uso adecuado del suelo, en la concreción de planes para su uso con la finalidad de establecer premisas, para lograr un desarrollo urbano sostenible que repercute en ventajas sociales, económicas y ambientales que propicien, en base al interés general superior, un uso justo y adecuado del territorio. Desde dicha perspectiva se articula en diferentes capítulos, partes y secciones, entre las que cabe destacar: planificación urbana en general-ordenación del territorio, zonificación, principios de planificación del desarrollo, participación de las diversas entidades, concreción del suelo urbano, planes de uso del suelo y su planificación, división del territorio, reglamentación estructural y administrativa de las diversas variables, expropiaciones y compensaciones, desarrollo, medidas para la conservación de la naturaleza-, actuaciones especiales -rehabilitación urbana, políticas de desarrollo urbano, remodelación urbana, indemnizaciones, alquileres y arrendamientos, medidas de planificación-, y otras hipótesis -evaluación, disposiciones generales, responsabilidades, procedimientos administrativos, planes de conservación, procedimiento-<sup>66</sup>.

Algunos de los contenidos que componen el Código Federal de la Construcción sirven para asentar su naturaleza administrativa y su carácter preventivo de regulación. Se destaca el parágrafo 213, dentro del Capítulo tres –otras disposiciones (Sonstige Vorschriften)- Parte segunda- Reglas generales, responsabilidades, pronunciamientos administrativos, planes de conservación (Allgemeine Vorschriften, Zuständigverfahren, Verwaltungsverfahren, Planehaltung)-, Sección tercera- Administrativo (Verwaltungsverfahren)- que acoge las Ordnungswidrigkeiten. Siguiendo la ilustrativa descripción que realiza el profesor MORILLAS CUEVA<sup>67</sup>, se estructuran en cuatro hipótesis diferentes en intensidad, además de tener carácter excesivamente generalista. Mediante la primera se sancionará a quien contra su propia convicción aporte información incorrecta o planos incorrectos o documentación falsa para conseguir un acto administrativo favorecedor o para impedir un acto administrativo incriminatorio; la segunda, hace alusión a cuestiones totalmente diferentes, el establecimiento de postes, estacas o

---

<sup>66</sup> Cfr. MORILLAS CUEVA, L.: “Städtebaudelikte zwischen Realität und Expansion”, op.cit., pág. 1683.

cualquier otros marcadores que se empleen, quitándolos, cambiándolos o haciéndolos irreconocibles o se fijen de manera incorrecta; la tercera, más indirectamente relacionada con aspectos medioambientales, va a sancionar al que infrinja mediante la destrucción, merma consciente o eliminación de un compromiso en un plan de desarrollo, según el parágrafo 9.1.25, letra b), para la plantación y conservación de los árboles, arbustos y otras plantas, así como aguas; y por la cuarta, la más relacionada con las previsiones urbanísticas, a quien cambie o elimine sin autorización, una estructura física dentro del ámbito de una ley de conservación (parágrafo 172. 1. 1) o de un estatuto sobre la ejecución de medidas de un plan de urbanismo (171 d. 1). Las sanciones fijadas oscilarán según dichos números, mostrando una cuantía escasa, lo que pone de relieve el carácter meramente preventivo en dicho análisis: para el supuesto uno y para el dos multa de hasta 500 euros, para el tres hasta 10000 y para el cuatro hasta 25000.

En el Código Federal de la Construcción, junto a las competencias a que nos hemos referido, existen las complejas normas de construcción de los diversos Länder. Cada uno de estos tiene su propio Código (Bauordnung) donde se recogen los requisitos para que los terrenos sean edificables, al igual que las obras de construcción y la reglamentación de las propias construcciones. Para resumir, sus espacios legislativos se centran más bien en proyectos de construcción individuales que, naturalmente, también pueden ser colectivos. Concretarlos puede ser bastante complicado, ya que además no solamente se atiende al Código específico del Länder, sino también a otros reglamentos, estatutos, normas para casos puntuales y además, a normas propias de los Municipios concretos, sobre códigos de construcciones locales, o los de las autoridades de supervisión.

Pero, pese a la desigualdad entre los diferentes Länder, existe un Modelo de Construcción (Musterbauordnung) cuya finalidad es proporcionar una dimensión armonizadora de los diferentes Códigos, aunque en la actualidad no ha podido salvar todas las diferencias entre ellos. En su Parte sexta se dedica a las sanciones administrativas, legislación, disposiciones transitorias y finales. En el artículo 84 enumera una serie de previsiones infractoras -Ordnungswidrigkeiten- de entre las

---

<sup>67</sup> Cfr. MORILLAS CUEVA, L.: “Städtebaudelikte zwischen Realität und Expansion”, op. cit. , pág. 1683.

que podemos destacar: la utilización de productos de construcción sin certificados de calidad, empleo de técnicas de la construcción fuera de la normativa que regula dicha construcción, construcción sin planos técnicos (para los promotores), no señalización ni información de la peligrosidad de una obra (para empresarios), construcción sin autorización, alejamiento del plan de urbanismo o del proyecto permitido, presentación de información o planos incorrectos o documentación falsa con la finalidad de obtener un acto administrativo previsto en el Código o para evitar una actuación administrativa contraria. Dichas infracciones serán castigadas mediante multa que podrá llegar hasta 500.000 euros<sup>68</sup>.

Las respuestas del Ordenamiento jurídico alemán a las infracciones urbanísticas pasan, pues, esencialmente por el Derecho administrativo federal, de los Länder y de otras instituciones. RODRIGUEZ RAMOS afirma que en Alemania es innecesaria la justicia penal en materia urbanística desde el momento en que el ámbito administrativo gestionado por los Länder y por los Ayuntamientos es suficiente, por lo que no existen delitos calificables de urbanísticos<sup>69</sup>.

En el Texto punitivo germano no existe ninguna tutela penal específica ni dedicada a la ordenación del territorio ni al urbanismo. De forma indirecta, cabe encontrar otros preceptos que, bajo otros bienes jurídicos, están relacionados con dichos objetivos como claramente ha puesto de manifiesto MORILLAS CUEVA<sup>70</sup>. Destacan los ubicados dentro del nuevo epígrafe ocupado por los delitos contra el medio ambiente (Strataten gegen die Umwelt) -ubicado en el Título veintinueve- el cual incorpora, a través de las leyes aprobadas en 1980 y 1994, una protección autónoma bajo este epígrafe relativo a las aguas, suelos, aire, ruido e incrimina el uso no autorizado de desechos peligrosos, plantas, materiales radiactivos. El párrafo 324 a) se dedica a la contaminación de suelos, desde una perspectiva puramente ecológica y alejada de su significado urbanístico, se refiere a “depositar, dejar, introducir o liberar sustancias o residuos en el suelo de manera que sea apropiado

---

<sup>68</sup> En este sentido entre otros, como ejemplo, los Landesbauordnung de Baviera -párrafo 79-, Baden- Württemberg -párrafo 75-, Brandenburgo -párrafo 79-, Baja Sajonia -párrafo 91-, Sajonia -párrafo 87-, Thüringer -párrafo 81-.

<sup>69</sup> RODRIGUEZ RAMOS, L., “La disciplina urbanística y el nuevo Código Penal. La protección penal del territorio”, *En Actas I y II Jornadas sobre disciplina urbanística, el suelo no urbanizable, las parcelaciones ilegales y el nuevo Código Penal*, Zaragoza, 1996, pág. 186.

para dañar la salud de otras personas, animales, plantas u otras cosas de especial valor o recurso hídrico”, todo ello contraviniendo las obligaciones administrativas al respecto. Posiblemente sea más relevante el contenido en el párrafo 329.3. 8°. Dicho párrafo se introduce a través de la 2ª Ley para combatir la criminalidad medioambiental (2. UKG), con la siguiente denominación general “puesta en peligro de zonas vulnerables”, que se estructura en cuatro apartados -el primero sobre determinadas protecciones especiales en determinadas áreas, el segundo, sobre áreas de protección del agua; el tercero, sobre áreas de protección de la naturaleza y el cuarto sobre la actuación imprudente-. De estos MORILLAS CUEVA considera de especial atención el tercero, que contiene la siguiente fórmula general “quien dentro de un área de una reserva natural protegida o una reserva natural temporalmente considerada como espacio natural protegido o un parque nacional, contraviniendo una disposición legal o una disposición ejecutiva de dicha naturaleza” ejecute alguna de las conductas contenidas en los números 1 al 8 desarrollados en este apartado, de los que es de especial interés el 8, relativo a quien construya un edificio que perjudique de manera relevante el correspondiente objetivo de protección<sup>71</sup>. La pena establecida es la de privación de libertad de hasta cinco años o multa para el delito doloso y de privación de libertad hasta tres años o multa para el imprudente.

Lo más relevante de este precepto se puede sintetizar de la siguiente manera: se trata de conductas incluidas dentro del título referido a los delitos contra el medio ambiente y en consecuencia no integrables de forma directa en las opciones de ordenación del territorio o urbanismo, pero dicho esto, no cabe duda de que presentan un cierto matiz relacionado con el territorio en su variable de recurso natural y más concretamente del suelo relacionado con la construcción del edificio, por lo que se puede precisar de agresión urbanística al medioambiente; además, se trata de una norma penal en blanco que tiene como referencia fundamental la Ley de Conservación de la Naturaleza y el Paisaje –BnatSchG- de 20 de diciembre de 1976- reformada por Ley de 21 de septiembre de 1998 y 29 de julio de 2009- en la que se encuentran definiciones y desarrollos de reserva natural, parque nacional, reserva de la biosfera, paisaje, parque natural, entre otras, pero que se amplía a otras normativas

---

<sup>70</sup> Cfr. MORILLAS CUEVA, L.: “Städtebaudelikte zwischen Realität und Expansion”, op. cit. , pág. 1684 y ss.

federales y de los Länder, cuya concreción como referencia normativa de tipo puede suponer una cierta armonización entre ambos sectores de competencia; el núcleo básico de la descripción típica está fundamentado precisamente en la construcción de edificios que incide negativamente en los espacios protegidos como objeto material del delito; y por último, en tal sentido el concepto de edificio es de dudable interés y va desde el genérico jurisprudencial de “construcción idónea destinada a servir de protección de personas y animales y en los que se puede impedir la entrada a otras personas” hasta las obras que tiene techo y paredes, aunque las puertas y ventanas no están todavía colocadas e incluso todas las obras de construcción junto a la excavación de los cimientos. Lo importante, según MORILLAS CUEVA, es que se perjudiquen a través de estas construcciones los espacios protegidos<sup>72</sup>.

Además de los mencionados párrafos cabe señalar, aunque únicamente sea como criterio de referencia y ejemplo por la cita que se hace a monumentos y edificios pero sumamente alejados del tema que ocupa mi atención, los contenidos en el párrafo 304.1 -quien dañe o destruya (...) monumentos públicos- y 305 -quien ilegalmente destruya total o parcialmente un edificio, un barco, un puente, un dique, una calle edificada, un ferrocarril, u otra construcción que sea de propiedad ajena-, ubicados en la Sección 26 dedicada a los daños materiales y, por tanto, claramente diferenciadas de las hipótesis típicas de ordenación del territorio o urbanísticas.

Este es el panorama del Ordenamiento jurídico alemán respecto a los bienes jurídicos protegidos y a la respuesta frente a las infracciones urbanísticas, un modelo que, como MORILLAS CUEVA argumenta, constituye la respuesta a las infracciones urbanísticas, un modelo claramente administrativo con insinuaciones indirectas en el ámbito penal de escasa significación y que para nada alteran la esencia del sistema<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Cfr. MORILLAS CUEVA, L.: “Städtebaudelikte zwischen Realität und Expansion”, op.cit., pág. 1685.

<sup>72</sup> Cfr. MORILLAS CUEVA, L.: “Städtebaudelikte zwischen Realität und Expansion”, op.cit., pág. 1686.

<sup>73</sup> Cfr. MORILLAS CUEVA, L.: “Städtebaudelikte zwischen Realität und Expansion”, op.cit., pág. 1686.

Volviendo al sistema español, en la medida de lo posible habrá que reclamar una interpretación necesariamente restrictiva de los tipos, que tenga siempre presente el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, y que, cimentada en la idea de la calidad de vida de las personas, reserve la vía penal para las infracciones urbanísticas más graves.

Debido a la persistencia de conductas que el Derecho Administrativo no ha logrado frenar y que atentan gravemente contra las normas urbanísticas, el Derecho Penal se ve obligado a incriminar determinadas formas de delincuencia precisamente por el fracaso del aspecto sancionador del Derecho Administrativo. Los fenómenos de descontrol e indisciplina urbanística, derivados de la Ley del Suelo de 1926, se van a producir en las siguientes décadas. La citada incompetencia no se debe, sin embargo, a la misma regulación en el Derecho Administrativo, que prevé importantísimas sanciones, recogidas posteriormente en la Ley del Suelo de 1992, sino a su inexistente aplicación en la práctica. La tutela penal no debe modificar y adecuar el Derecho Administrativo. Ante la desobediencia frente a construcciones o edificaciones ilegales, resultan inoperantes en muchas ocasiones e insuficientes las normas administrativas. Asimismo, existen razones relativas a la importancia del bien jurídico protegido, dada su dimensión social por la gravedad de las conductas y su toma en consideración por parte de los ciudadanos. Ello implica que el Derecho Penal aparezca como instrumento auxiliar en el campo de la realidad jurídica, como secundario, reforzando el papel principal del Derecho Administrativo. No nos encontramos ante una sustracción de competencias por parte del Derecho Penal, sino ante mecanismos sancionadores además de preventivos. Diferente es que, en determinados casos, no sea necesario hacer perseguibles las infracciones por medio del Derecho Penal, de modo que sea la propia Administración la que se encargue de dicha investigación.

Ciertamente, y como ya dijimos, un gran sector de la doctrina española, se ha decantado contra la incriminación de dichas conductas, para reforzar los mecanismos administrativos, antes que acudir al Derecho Penal<sup>74</sup>. Así, y como ejemplo, SILVA SÁNCHEZ considera que estos nuevos delitos vulneran el principio de

---

<sup>74</sup> Vid., BOLDOVA PASAMAR, M. A. : Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 44.

proporcionalidad, porque además se imponen penas de prisión a conductas que ni siquiera podrían poner en peligro abstracto a un bien jurídico<sup>75</sup>. Por su parte, CARMONA SALGADO alude a la ultra protección que pone al Derecho Penal en primera ratio, en lugar de ser la última ratio, siendo partidaria de castigar los casos en que no se puede restablecer la situación anterior, tras los requerimientos o imposición de la sanción administrativa<sup>76</sup>.

Entre los administrativistas destacan importantes críticas. Como ejemplo, PARADA VÁZQUEZ afirma que la criminalización de las conductas es contraria a los fines del legislador de reforzar la legislación urbanística y proteger los bienes jurídicos; alude a las interferencias existentes entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo<sup>77</sup>. TOMÁS RAMÓN FERNANDEZ se refiere a la incriminación de ciertos delitos con cierta demagogia, reclamando la criminalización de ciertas conductas antisociales de las cuales hasta entonces se encargaba la Administración, y que no rozan el foco de la corrupción que hoy nos ocupa (las llamadas “recalificaciones”), además de a las dificultades de todo orden de la interpretación de los distintos elementos de los delitos y su relación con las normas administrativas, concluyendo con la opinión de que ello no contribuirá a la mejora de la situación, sino que provocará efectos negativos en la seguridad jurídica, relacionando ello con

---

<sup>75</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “¿Política criminal “moderna”? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español”, *Actualidad Penal*, núm.23, 1998, págs. 436,443 y 448.

<sup>76</sup> Cfr. CARMONA SALGADO, C., en *Derecho Penal Español, Parte especial*, op.cit., págs. 650 y ss. Comparten esta opinión QUERALT JIMENEZ, J.J.: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Atelier, 5ª ed., Barcelona, 2008, pág. 1028 y SERRANO GOMEZ, añadiendo este último el principio de intervención mínima del Derecho Penal, al que hace alusión. Cfr. SERRANO GOMEZ, A.: *Derecho Penal, Parte Especial*, Dykinson, 14ª ed., Madrid, 2011, págs. 707 y 710. BOIX y JUANATEY ponen de manifiesto la dudosa constitucionalidad, debido a la desigualdad de trato entre las Comunidades Autónomas y son partidarios de que se habría de haber dotado a la actuación de los mecanismos administrativos de una mayor certeza y eficacia. Cfr. BOIX REIG / JUANATEY DORADO: *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 1572 y ss.

<sup>77</sup> Cfr. PARADA VÁZQUEZ, J.R.: “Prólogo al libro de Laso Martínez, J.L.: *Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal*”, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 11 y ss. Además de esta crítica, TEJEDOR BIELSA, ateniéndose a la inseguridad jurídica acerca de las conductas tipificadas, se opone también a su incriminación. Cfr. TEJEDOR BIELSA, J.: *Derecho Administrativo, Parte especial* (Dir. José Bermejo Vera), Civitas, 5ª ed., Madrid, 2001, pág. 744.

el principio de intervención mínima, que conllevaría el prescindir del Derecho Penal<sup>78</sup>.

A favor de la intervención penal, y en consonancia con la regulación del legislador y la tipificación que éste determina, se ha mostrado de acuerdo la mayor parte de la doctrina española<sup>79</sup>. No obstante, además de las críticas expuestas, los delitos urbanísticos plantean, desde la óptica de la legitimidad, otros problemas en relación con la opción del legislador y desde la concreta tipificación de las conductas delictivas. Al tratarse de delitos novedosos, se hace precisa su asimilación y análisis. Estamos ante una materia dificultosa, de la cual se deben extraer conclusiones jurídico-penales, ante todo de tipo competencial.

Ante dichas tipificaciones, es clara la competencia estatal respecto al Derecho Penal. La competencia, sin embargo, es compartida respecto al Derecho Administrativo sancionador, ya que éste corresponderá, en principio, al Estado y a las Comunidades Autónomas, aunque hoy en día el Derecho urbanístico pertenece en mayor medida a las Comunidades Autónomas que al Estado (artículo 148.1. 3ª de la Constitución Española). A ello alude la conocida STC 61/1997, de 20 de marzo, posteriormente confirmada en su doctrina por la STC 164/2001, de 11 de julio que vienen a reconducir las competencias al Estado, reconociendo la titularidad en exclusiva sobre el urbanismo a las Comunidades Autónomas, respecto a las políticas sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, aunque siempre en el ámbito exclusivamente administrativo. En el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen de

---

<sup>78</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R.: Manual de Derecho Urbanístico, El Consultor, 18ª ed., Madrid, 2005, págs 267 y ss.

<sup>79</sup> Cfr., entre otros, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente ( Título XIII, L.II, PANCP 1983)”, en Documentación jurídica, monográfico dedicado a la P.A.N.C.P., vol. 2, 1983, 37/40, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983,pág. 886; MUÑOZ CONDE, Fco.: Derecho Penal, Parte Especial, Tirant lo Blanch,18ª ed., Valencia, 2010, pág. 570; CERESO MIR, J.: Curso de Derecho Penal Español, Parte General I, Introducción, Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2004, pág. 61; GORRIZ ROYO ,E.: Los delitos de prevaricación urbanística, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 19; CONDE PUMPIDO-TOURÓN, C.: “Los delitos urbanísticos o relativos a la ordenación del territorio”, en Empresa y Derecho Penal (II), Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 149 y 152 ss.; VERCHER NOGUERA, A. : La delincuencia urbanística. Aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio, Colex, Madrid, 2002, pág.141. Consideran, incluso, que la tipificación del Código Penal actual resulta insuficiente y que ocasiona lagunas de punición. Cfr., en concreto, PAREDES CASTAÑÓN, J.M.: “Delitos sobre la ordenación del territorio”, en Enciclopedia penal básica, Comares, Granada, 2002, pág. 536, y PIÑOL RODRIGUEZ, J.R.: Manual de Derecho Penal II, Parte Especial, Thomson-Civitas, 2ª ed., Madrid, 2004, pág. 363.

Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, se va a responder a cuestiones más generales que conectan indirectamente con el urbanismo, habiendo sido dictada esta norma con la finalidad de conseguir el necesario equilibrio respecto a la ordenación urbanística, en el marco de de parámetros de igualdad entre las distintas regulaciones, atendiendo a los intereses cuya gestión está constitucionalmente encomendada al Estado, pero siempre en el respeto de las competencias exclusivas autonómicas.

El Derecho Autonómico va a ser utilizado para integrar los elementos típicos del Derecho Urbanístico. De esta forma, cada Comunidad Autónoma podría determinar lo que es autorizable o no en su territorio, por lo que una determinada construcción o edificación podría ser legal en una Comunidad Autónoma y no serlo en otra distinta; lo que podría infringir el principio de igualdad ante la ley. El Estado, en la materia en cuestión, tiene tan sólo competencias respecto a los principios rectores de la política urbanística (artículo 47 de la Constitución Española: derecho a una vivienda digna, utilización del suelo de acuerdo al interés general para impedir la especulación y participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística), competencias para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho de la propiedad sobre el suelo en todo el territorio nacional (expropiación forzosa, régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común), y finalmente, competencias sobre la protección penal que se adhiere a dichos intereses.

Como claramente manifiesta BENÍTEZ ORTÚZAR, y al hilo de sus acertados comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, será competencia estatal lo relacionado con las condiciones básicas del derecho de propiedad urbana y su función social, lo cual permite al Estado plasmar una determinada concepción del derecho de propiedad urbana, en sus líneas más fundamentales, sin menoscabar la competencia urbanística que es exclusiva de las Comunidades Autónomas. Se considerará como presupuesto de la definición de las condiciones básicas del derecho de la propiedad urbana, la determinación de

las distintas clases de suelo, siendo otras administraciones competentes las que, con la previa elaboración de un Plan, fijen la estructura general del territorio<sup>80</sup>.

La exclusividad del Estado en la legislación penal confiere el principio de legitimidad a la intervención estatal, de modo que los delitos urbanísticos afectarán a cualquier construcción, edificación o urbanización en todo el territorio nacional (igualdad en el derecho de la propiedad inmobiliaria y utilización del suelo de acuerdo al interés general). Resulta incuestionable la competencia del Estado para determinar las distintas clases de suelo desde el punto de vista urbanístico, así como la aplicación penal igualitaria y coherente en todos los lugares del Estado, dando lugar a que los delitos urbanísticos no dejen de tener vigencia o contenido en una determinada Comunidad Autónoma. Por lo que las diferencias entre las Comunidades Autónomas, desde la óptica de la unidad penal y el principio de igualdad, pueden ser sólo fácticas si se ponen en relación con la prohibición penal.

GARCÍA ARÁN indica que en esta materia de prohibición, un tratamiento diferenciado no puede justificarse con carácter general, aunque sí, si atendemos a las circunstancias concretas y específicas de protección de los bienes jurídicos que pueden establecerse y concretarse en la legislación autonómica<sup>81</sup>.

Por otra parte, puede tener importancia, principalmente en orden a la legalidad penal, y secundariamente en el orden competencial, la integración de elementos típicos a través de los planes locales; es decir, a través de la determinación de la clasificación del suelo. Las normas de origen local se utilizan para integrar al menos un elemento penal típico que incide en estos delitos, lo cual plantea algunos inconvenientes, como son los derivados de las normas penales en blanco. Ello se encuentra justificado por la regulación de la propia materia. Las clasificaciones concretas del suelo han de responder a parámetros establecidos por el

---

<sup>80</sup> Vid. BENITEZ ORTÚZAR, I. Fco.: "Delimitación normativa del delito urbanístico en la ordenación territorial del Estado diseñada por el Título VIII de la Constitución Española de 1978", Cuadernos de Política Criminal, núm. 81, 2003, págs. 495 y ss.

<sup>81</sup> Cfr. GARCÍA ARÁN, M.: "Remisiones normativas a las leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", en Estudios Penales y Criminológicos, XVI, Universidad de Santiago de Compostela, 1993, pág. 96.

Estado y las Comunidades Autónomas (existen diferencias fácticas, no normativas, ya que estas últimas carecen de rango constitucional, al margen de la vivienda).

Ante los inconvenientes aludidos, es muy importante la intervención del Derecho Penal. Lo realmente importante, como indica DE LA CUESTA ARZAMENDI, reside en la adecuada construcción de los tipos y, sobre esta base, en la existencia de una auténtica aplicación de los mismos, algo que muchas veces escasea en estos ámbitos donde son grandes los “déficits de ejecución”<sup>82</sup>. En muchas de las actuaciones lesivas contra la correcta ordenación del territorio, y en las más graves, es frecuente que la Administración actúe por acción u omisión en el marco de un Derecho Administrativo sancionador ampliamente regulado. Es conveniente que los órganos urbanísticos de la Administración se sometan a un control jurídico-penal, fundamentándose igualmente la ilicitud de las vulneraciones del orden urbanístico, desde un punto de vista social, que a veces se reduce debido a la pasividad de la Administración. Es necesario, pues, reforzar los mandatos jurídicos mediante sanciones penales a particulares, autoridades o funcionarios públicos.

A mi entender, y estoy de acuerdo con la postura de BOLDOVA PASAMAR, puede considerarse legítimo, con carácter general, el Derecho Penal, cuando el Derecho Administrativo ha fracasado en la protección básica de la legalidad urbanística y en relación con el principio constitucional de la utilización del suelo para prevenir la especulación en los supuestos de mayor gravedad<sup>83</sup>. Para ello, no basta el reforzamiento de los mecanismos de prevención y sanción de la Administración, entre los que se pueden encontrar intereses contrapuestos como la recaudación de los impuestos derivados de la actividad de la edificación -tributación en el ámbito urbanístico-. Debido a esto, el Derecho Penal no puede ignorar su actuación como “ultima ratio” al tipificar conductas, ante el fracaso de los medios extrapenales. Si no existiese necesidad de una pena, se podría estar desprotegiendo al bien jurídico en este sentido.

---

<sup>82</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Protección penal de la Ordenación del Territorio y del ambiente...”, op. cit. pág. 887.

<sup>83</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 51

Aunque la intervención penal sea mínima en esta materia, según POZUELO PÉREZ no se produce tipificación en todos los aspectos que afectan al urbanismo. En concreto, en los relativos a los artículos 319 y 320 del Código Penal, que no se refieren a toda la diversidad como el planeamiento, mercado del suelo y ejecución. Se alude en el Código Penal a los aspectos más graves dentro del ámbito de la construcción. Además de que, como examinaremos, para su efectiva aplicación, tiene que concurrir dolo, no bastando la imprudencia<sup>84</sup>. Esto supone, en realidad, un desarrollo o plasmación del carácter de intervención mínima del Derecho Penal.

En suma, resulta evidente la necesidad del mantenimiento de determinados tipos penales, junto a las infracciones urbanísticas administrativas, teniendo siempre presentes los valores constitucionales en que se fundamentan y que habrán de ser, en todo caso, preservados.

#### **IV. EL BIEN JURÍDICO EN REFERENCIA AL TÍTULO XVI**

Como se afirma en su Exposición de Motivos, una de las características del Código Penal de 1995 ha sido la de dar acogida a nuevas formas de delincuencia, singularmente en materia de ordenación del territorio y de los recursos naturales, y en particular, la contenida en el artículo 319 del Título XVI. Se trata del más claro reconocimiento de la existencia de una nueva categoría de bienes jurídicos cuyo titular es la sociedad en su globalidad, por lo que su vulneración provoca una macro victimización, en la cual las víctimas, al constituir una generalidad carecen de rostro, pero no por ello son menos objetivos y objetos de su daño y necesitan de la enérgica protección del Código Penal.

PÉREZ ALONSO cree que resulta ocioso destacar ahora la importancia que dicha materia ha adquirido en los Estados modernos. Para este autor, basta con recordar, por ejemplo, que el suelo es un recurso natural y material limitado, constituyendo un bien escaso. Si, por otra parte, tenemos en cuenta que vivimos en

---

<sup>84</sup> POZUELO PÉREZ, L.: “Notas sobre la denominada “expansión del Derecho Penal”, un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio”, Revista de Derecho y Proceso Penal, nº 9, 2003-1, pág. 29.

un Estado social y democrático de Derecho, el derecho a acceder y a disfrutar del suelo, como sustrato material para lograr una mejor calidad de vida y favorecer el libre desarrollo de la personalidad humana, puede considerarse como un derecho fundamental de carácter social, político, económico y cultural, plasmado en los artículos 45.2 y 47 de nuestra Constitución Española.<sup>85</sup> Y por ello, debemos entender, en el sentido ya expuesto, que el suelo constituye un valor social, digno de protección penal.

El Título XVI del Libro II del Código Penal reúne conjuntamente los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, el patrimonio histórico y el medio ambiente en sentido amplio. LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN señalan que los bienes jurídicos protegidos se inscriben en el fenómeno de incorporación a la protección penal de los intereses supraindividuales o colectivos que superan las tradicionales concepciones personalistas del bien jurídico, al referirse a hechos económicos o sociales. Ello se atribuye a las exigencias de la intervención estatal en la vida económica que impone el Estado social y que afecta a intereses concretos, de ello pueden derivarse “los principios rectores de la política social y económica”, a que se refiere el Capítulo III del Título I de la Constitución Española (artículos 45, 46 y 47)<sup>86</sup>, a que ya nos referimos.

Existe una evidente conexión, como indicamos, entre medio ambiente y territorio, entre calidad de vida y urbanismo. Se puede mantener una perspectiva global y sistemática que aglutine aspectos naturales, culturales, sociales y estéticos del entorno humano, tratándose de un bien jurídico en sentido amplio. Y ello, a pesar de que los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo se regulen separadamente y en un capítulo independiente, por lo que no pertenecen a una misma especie, aunque existan semejanzas. Por una parte, se destaca la ordenación del territorio, y por otra, su vinculación a la protección más amplia a que se refiere el

---

<sup>85</sup> PÉREZ ALONSO, E. J., Delitos contra el patrimonio histórico en el Código Penal de 1995., En Actualidad Penal, núm 33, MANZANARES SAMARIEGO (Dir.), Semana del 14 al 20 de Septiembre de 1998, XXXIV, Madrid, 1998, pág. 627.

<sup>86</sup> Cfr. LÓPEZ GARRIDO, D. / GARCÍA ARÁN, M.: El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador, Comentario al texto y al debate parlamentario, Madrid, 1996, ed. Closas-Orcodora, pág. 157.

Título XVI<sup>87</sup>. La conexión con el medio ambiente, precisamente, teniendo en cuenta los principios de unicidad y protección horizontal de los elementos naturales, sería más respetuosa y coherente con el objeto material protegido, en palabras de L. MELLADO y F. PÉREZ FERRER, solventando el problema de la ausencia de habilitación constitucional expresa de la tutela penal de la ordenación del territorio y el urbanismo<sup>88</sup>

RODRIGUEZ RAMOS, parte del hecho de que el medio ambiente está constituido por recursos naturales que confluyen en el espacio o territorio, no encontrando inconveniente sistemático *de lege ferenda* en dividir en dos grupos los delitos contra el medio ambiente: uno sobre la contaminación, destrucción o daño de los recursos naturales, destinado a una Sección, y otro grupo sobre los delitos centrados en el espacio o territorio, además de otra Sección destinada a la explotación racional de la gea (agua y minerales), flora y fauna<sup>89</sup>. Por su parte, GORRIZ ROYO, al considerar la ordenación del territorio en su configuración penal, abarcada por el medio ambiente en sentido amplio, mantiene una postura parecida a la anterior, atribuyéndole la cualidad *ratio legis* de las prohibiciones<sup>90</sup>. En sentido contrario, ALONSO ÁLAMO expone que, como lo demuestra la mención separada de tales materias, en relación a la distribución de las competencias de las Comunidades Autónomas ubicadas en el artículo 148.1 (3ª, 9ª, 16ª) de la Constitución Española, la ordenación del territorio y el patrimonio histórico están desvinculados de la problemática medioambiental<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> En este sentido, M. A. BOLDOVA PASAMAR expresa que la idea de que se parte es el urbanismo, y los recursos naturales son problemas indiscutiblemente ligados al medio ambiente en un concepto superior de equilibrio en relación entre la naturaleza y el hombre que es precisamente lo que se trata de proteger”. Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A.: Los delitos urbanísticos, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 40.

<sup>88</sup> Cfr. MELLADO RUIZ, L. / PÉREZ FERRER, F.: “Algunas reflexiones sobre el “nuevo” derecho urbanístico en el proyecto de ley estatal del suelo: desarrollo sostenible y protección penal”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente”, núm. 232, 2007, pág. 124.

<sup>89</sup> Cfr. RODRIGUEZ RAMOS, L.: “La disciplina urbanística y el nuevo Código Penal. La protección penal del territorio”, en AAVV, La disciplina urbanística, el suelo no urbanizable, las parcelaciones ilegales y el nuevo Código Penal, Actas I y II Jornadas, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1997, pág. 185.

<sup>90</sup> Cfr. GORRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 472 y 477.

<sup>91</sup> Cfr. ALONSO ÁLAMO, M.: “Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo”, Cuadernos de la Guardia Civil, núm. 17, 1997, págs. 71 y ss.

En efecto, la ordenación del territorio y el patrimonio histórico, al no constituir en sí mismos hechos peligrosos para el medioambiente, siendo esto cierto de *lege data*, no se vinculan a la problemática medioambiental. Resulta adecuado que sistemáticamente se vinculen a un mismo Título, aunque de manera separada, por sus diferencias estructurales en intereses de protección diversos, que cada uno defiende.

Podrían haberse establecido, según BOLDOVA PASAMAR, en Títulos diferentes, aunque en el caso de la ordenación del territorio, al encontrarnos al inicio de su protección, éste no aparece todavía como un bien jurídico penalmente consolidado. Por esto, parece correcto, desde el punto de vista técnico-jurídico, que aunque posean autonomía, se encuentre en relación con los delitos medioambientales, con los que comparte el objeto material del suelo y cuya reciente tradición penal, es indiscutible por mandato constitucional<sup>92</sup>.

El legislador penal de 1995 delimita, pues, los bienes jurídicos, precisados aún más tras la reforma de la Ley 2010. Los recursos naturales no se tutelan como bienes jurídicos en sí mismos considerados, sino que son tutelados como bienes jurídicos colectivos que se encargan de proteger indirectamente las condiciones para la vida de los individuos. VERCHER NOGUERA, al constatar que los establece en cuatro capítulos en el título XVI, va a afirmar que “se trata de proteger determinados bienes comunes que son necesarios y que facilitan la existencia de los seres humanos, estando estos por ende obligados a preservarlos y transmitirlos a las generaciones venideras”<sup>93</sup>. El suelo, que es objeto de uso racional, se considera objeto de protección penal, siendo acorde con el mandato constitucional capaz de modular el desarrollo económico y afectando a la calidad de vida de las personas<sup>94</sup>.

La finalidad del Título XVI respecto al criterio de los bienes jurídicos, ha de ser, en definitiva, la protección de la salud y el bienestar de los seres humanos. DE LA CUESTA ARZAMENDI va a precisar el bien jurídico penal, contenido en este Título, refiriéndose a la “posibilidad real de articular la tutela penal de la ordenación

---

<sup>92</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR M.A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 42.

<sup>93</sup> Cfr. VERCHER NOGUERA, A. “delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y medio ambiente” en AAVV, Código Penal de 1995, Comentarios y Jurisprudencia, 1998, pág. 1467.

<sup>94</sup> Cfr. SÁNCHEZ DOMINGO, M.B: Delitos urbanísticos, op. cit. pág. 50.

del territorio sobre sus propios fundamentos y contenidos materiales, constituyendo los tipos penales relativamente autónomos (...), dirigidos a hacer frente a los ataques más graves e intolerables a aspectos como el paisaje urbano, los paisajes comunitarios, el control de la densidad de población en núcleos saturados...”<sup>95</sup>. Por todo ello, la protección penal de la ordenación del territorio y el urbanismo, en particular, es necesaria y debe estar subordinada, en cuanto a su utilización, a los intereses generales y no individuales.

## **V. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS URBANÍSTICOS DEL ARTÍCULO 319 DEL CÓDIGO PENAL.**

### **1. Problemática doctrinal. La función social de la ordenación del territorio y el urbanismo.**

El artículo 319 del Código Penal se refiere a los delitos urbanísticos. De acuerdo con el principio de intervención mínima, se tipifican las más graves conductas contra la disciplina urbanística contenidas en la normativa de la ordenación del territorio, sin embargo el bien jurídico protegido, a juicio de GIMÉNEZ GARCÍA, no es tanto la protección con la sanción penal de la normativa administrativa, sino que más bien “el delito urbanístico” protege “el valor material de la ordenación del territorio en su sentido constitucional de la utilización racional del suelo orientado a los intereses generales”. El urbanismo constituye “...una perspectiva global e integradora de todo lo que se refiere a la relación con el medio en el que se desenvuelve, y hace de la tierra, y del suelo su eje operativo...”<sup>96</sup>. Esta primera afirmación no puede ponerse en duda.

Como también expone GÓRRIZ ROYO<sup>97</sup>, nuestra Constitución hace una clara exposición al incorporar referentes que dotan de contenido material a la

---

<sup>95</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Consideraciones acerca de los delitos sobre la ordenación del territorio...”, op. cit., pág. 210.

<sup>96</sup> GIMÉNEZ GARCÍA, J.: “El urbanismo como escenario delictivo”, En LIDÓN, J. M., Cuadernos penales, Núm. 5, Corrupción y urbanismo, Deusto Publicaciones, Bilbao, 2008, págs 176 y 177.

<sup>97</sup> GORRIZ ROYO, E. Protección penal..., op. cit. pág 43.

estructura jurídica e incluso al bien jurídico protegido, ordenación del territorio, y propicia una regulación punitiva por separado del medio ambiente, que no es mayoritaria ni seguida por legislaciones que optan por modelos, en ocasiones, bastantes diferenciados en sus ubicaciones sistemáticas y en las propias técnicas utilizadas para articular la intervención penal, de manera directa o indirecta en relación a las infracciones de alcance urbanístico<sup>98</sup>.

En el apartado anterior, hemos analizado, precisamente, los aspectos generales relativos al contenido del Título XVI del Código Penal, procediendo ahora, y tras algunas ineludibles referencias a las previsiones constitucionales sobre la necesidad de intervención penal en este ámbito, situarnos en el bien jurídico contemplado por el artículo 319 del Código Penal, como parte esencial del objeto de nuestra investigación.

El bien jurídico protegido en este el Capítulo Primero del Título XVI, es la ordenación del territorio y el urbanismo. Más concretamente, la normativa reguladora de la ordenación del territorio y el urbanismo, en cuanto a que ésta tiende a mejorar la calidad de vida de los habitantes del mismo. Se va a proteger el adecuado reparto y distribución del suelo para sus diversos usos, ya que la ordenación racional del territorio en las sociedades modernas constituye un elemento indispensable para asegurar el funcionamiento del sistema social y, además, posibilita la pacífica participación de los ciudadanos en el mismo con el propósito de satisfacer sus necesidades existenciales y humanas<sup>99</sup>. Se trata, lógicamente, de un bien jurídico de carácter colectivo o difuso, en el sentido de que tiene una gran relevancia social y, además, en su protección están interesadas por igual todas las capas de la población<sup>100</sup>. Esto, en una primera aproximación.

---

<sup>98</sup> Cfr. MORILLAS CUEVA, L.: “Städtebaudelikte zwischen Realität und Expansion”, op. cit., pág. 1681

<sup>99</sup> PÉREZ ALONSO, E. J., Delitos sobre el patrimonio histórico en el Código Penal de 1995, en Actualidad Penal, MANZANARES SAMARIEGO, J. L. (Dir.), XXXIV, Número 33, Semana del 14 al 20 de Septiembre de 1998, 627.

<sup>100</sup> Vid., al respecto, RODRIGUEZ RAMOS, L.: “Los delitos urbanísticos en el Proyecto de Código Penal”, La Ley, Tomo II, Madrid, 1981; del mismo autor: “La protección penal del urbanismo (Pautas para criminalizar algunas conductas)”, en Revista de Derecho Urbanístico, Madrid, 1983, pág. 39. DE LA CUESTA ARZAMENDI., “Protección penal de la ordenación del territorio...” cit, pág. 884 y ss. , BOIX REIG/ JUANATEY DORADO., Comentarios...op. cit. pág 843 y ss., VERCHER NOGUERA., “Delitos sobre la ordenación...”, op. cit., pág. 536; DE VEGA RUÍZ, J. A., Delitos

Debemos considerar, ante todo, que la redacción primitiva del artículo 319 del Código Penal<sup>101</sup> fue objeto de una importante modificación a través de la reforma operada por la Ley 5/2010 de 22 de junio<sup>102</sup>

El legislador es consciente de la vinculación entre medio ambiente y ordenación del territorio y urbanismo. Partiendo del concepto más amplio, aludiríamos al entorno que rodea al hombre con carácter general, incluyendo la ordenación del territorio y el urbanismo, mientras que, atendiendo a conceptos más reducidos, por el contrario, habría que excluir cualquier otra materia del Título XVI

---

contra: el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995, Madrid, 1996, pág. 117 y MUÑOZ CONDE, Derecho Penal...op. cit., págs. 569 y 570.

<sup>101</sup> En concreto establecía: “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 autorizable.

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”.

<sup>102</sup> En la redacción vigente, el artículo 319 dispone: 1. “Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses 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 triplo 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 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 uno a tres 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 triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación profesional para cargo 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 suelo no urbanizable.

3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En todo caso se impondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

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

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

(patrimonio histórico y medio ambiente). El artículo 319 posee una orientación sistemática, pero se desvincula de la problemática medioambiental, debido a que no capta acciones que en sí mismas suponen un peligro para la calidad de vida, entorno o medio donde se desenvuelve la vida, sino acciones antinormativas, contrarias a las normas administrativas, independientemente de que generen aquel peligro<sup>103</sup>. Por lo que el bien jurídico ha de ser necesariamente más concreto.

El punto de partida político-criminal es el que va a regir la inclusión de una determinada conducta en la legislación penal. Y ello se realiza a través de la conducta típica y mediante la tutela de un determinado bien jurídico que es merecedor de la salvaguarda en el Derecho punitivo -Derecho que posee una fuerte severidad sancionadora dentro del Ordenamiento jurídico-. Debemos considerar que no todo objeto tutelado por dicho Ordenamiento jurídico, merece la denominación de bien jurídico protegido, en el contexto del Derecho Penal. Sólo los bienes o intereses más relevantes, de cara a la convivencia en el seno de la comunidad y frente a graves agresiones, serían considerados bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal. Estaríamos ante intereses vitales para el hombre en su coexistencia en la sociedad, a los cuales el legislador otorga la máxima tutela posible, representando a la sociedad en general. Y de ellos se deriva el Derecho Penal, dada la coactividad y coercitividad que dicho Derecho les otorga y en función de las sanciones que prevé para el caso de que las normas sean infringidas y se produzcan daños graves para los bienes jurídicos protegidos.

La norma penal no sólo se deriva de la necesidad de protección del bien jurídico en su génesis articuladora, sino que, además, el bien jurídico protegido sirve de criterio valorativo e integrador de la interpretación y aplicación del tipo legal. De ahí la importancia de su delimitación en el concepto, alcance y concreción de los límites de cada bien jurídico protegido en la legislación penal<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO, M.: “Estado actual de la discusión en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio (I): la construcción y edificación ilegal”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 223, enero 2006, VLEX-380507, pág. 16.

<sup>104</sup> Cfr. BLANCO LOZANO, C.: El delito urbanístico, Montecorvo, Madrid, 2001, pág. 28.

Dada su novedad en el ámbito punitivo, la inclusión de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en el Código Penal de 1995, no pasó inadvertida en el seno de la doctrina científica.

En el ámbito de las propuestas de ley acordes con el nuevo Estado social y democrático de Derecho, que fue proclamado y establecido por la Constitución española de 1978, en la dirección de una nueva codificación, se prevé, desde un principio, de una u otra forma, y como tuvimos ocasión de examinar, la inclusión del delito urbanístico, en proyectos de Código Penal, inclusive en algunos que no llegaron a ser promulgados. Como vimos, el Proyecto de Código Penal de 1980, fue el primer Proyecto democrático que utilizó la denominación “delitos contra la ordenación urbanística”, situándolos en el marco de las infracciones penales contra el orden socioeconómico. Dicha ubicación sistemática fue acreedora de las críticas doctrinales, que entendían que el bien jurídico protegido en el delito urbanístico no era, en ningún caso, de carácter socioeconómico<sup>105</sup>. En esta línea podríamos enmarcar la valoración de BLANCO LOZANO, quien, atendiendo a la Exposición de Motivos de este Proyecto, consideraba, no obstante, opinión que comparto, que se trataba de una auténtica demanda de la sociedad<sup>106</sup>.

La doctrina acogió favorablemente la tipificación penal de determinadas conductas, atendiendo al fracaso del Derecho Administrativo, que fue el que tradicionalmente reguló y tuteló el planeamiento territorial y urbanístico, padeciendo la crisis especulativa del suelo y las edificaciones, así como los efectos de las nuevas construcciones (producto de la expansión demográfica en los ámbitos urbano, paisajístico, ambiental, y de la calidad de vida humana en general)<sup>107</sup>. Estos motivos presidieron el debate parlamentario que tuvo su culminación, cuando definitivamente fueron implantados los delitos relativos a dicho marco punitivo.

---

<sup>105</sup> Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: Los delitos urbanísticos en el Proyecto de Código Penal, La Ley, 1981 (2), págs. 888 y ss.

<sup>106</sup> Vid. BLANCO LOZANO, C.: El delito urbanístico, op. cit., págs.29-30.

<sup>107</sup> Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “La protección penal del urbanismo (Pautas para criminalizar algunas conductas)”, en Revista de Derecho Urbanístico, núm. 81, 1983, págs. 37 y ss.

Algunos autores, como vimos, se mostraron recelosos de la inclusión de las conductas antiurbanísticas en el marco penal<sup>108</sup>. Aunque no compartimos los motivos que tienen para ello, entendemos que existe un escaso condicionamiento por parte del juzgador penal en una disciplina administrativamente tan compleja, prolija, inconexa, farragosa, y en definitiva, conceptualmente ingente como es el Derecho urbanístico<sup>109</sup>. Las normas urbanísticas provienen de diversas fuentes, y este hecho, por otro lado, es importante resaltarlo, debido a que no sólo se trata de fuentes supraestatales sino estatales, autonómicas y municipales que, de cara a llenar de contenido las normas penales en blanco, por efecto del reenvío normativo urbanístico, la misma conducta dependiendo de la Comunidad Autónoma o municipio en que nos encontremos, podría acarrear distintas consecuencias jurídicas, pudiendo incluso llegar a violar el principio de igualdad ante la ley, y más concretamente en el ámbito penal<sup>110</sup>.

Más que impedimento para su tipificación penal, lo dicho anteriormente debería ser un estímulo para la articulación de las reformas y la armonización de la legislación material y procesal, así como la preparación judicial para lograr un mayor y mejor conocimiento de las causas de dichos delitos. En opinión de BENÍTEZ ORTÚZAR, acerca de la tipificación de los delitos contra la ordenación del territorio, “la necesidad de llevar al Derecho punitivo determinadas conductas de ámbito urbanístico realmente no es nueva. En la década de los ochenta del pasado siglo XX la propuesta de penalización de determinadas conductas en materia urbanística se presenta con una doble coincidencia temporal: de un lado, coincide con un efervescente movimiento de reforma de la legislación punitiva, con objeto de adaptar un bloque legislativo procedente del antiguo régimen al texto constitucional de 1978; de otro lado, se hace cada vez más patente el hecho de que la sociedad va adquiriendo conciencia del deterioro de intereses de toda la comunidad que se van produciendo como resultado de la plasmación en la ordenación del territorio de los efectos devastadores de las actuaciones urbanísticas derivadas del importante

---

<sup>108</sup> Cfr. SUAREZ GONZÁLEZ, C.: Comentarios al Código Penal, G. Rodríguez Mourullo (dir) y A. Jorge Barreiro (coord.), Civitas, Madrid, 1997, pág.991.

<sup>109</sup> Vid., por todos, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: Manual de Derecho Urbanístico, Madrid, 1995, págs. 28 y ss.

<sup>110</sup> Cfr. BOIX REIG / JUANATEY DORADO: Comentarios al Código Penal de 1995, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 1573.

desarrollo económico que se produce en Europa occidental en general y en el Estado español en particular a partir de los años sesenta y setenta”<sup>111</sup>.

Para dilucidar si la ordenación del territorio es un bien jurídico y de serlo cuál es su contenido, señala, desde una perspectiva general DE LA CUESTA ARZAMENDI que la ordenación del territorio rellena el concepto sustancial del bien jurídico tutelado en Derecho Penal sin dificultades<sup>112</sup>. Ello es debido a que los sistemas sociales vienen constituidos por la ordenación del territorio de forma racional, es decir, el adecuado reparto y distribución del suelo para sus diversos usos, y constituyen el elemento indispensable en los sistemas sociales donde vivimos, asegurando el funcionamiento de éstos para conseguir la pacífica participación de los ciudadanos en dicho sistema, con la finalidad de que satisfagan sus necesidades existenciales y humanas. Nos encontramos, según la denominación utilizada por GORRIZ ROYO, ante los “derechos de prestación”<sup>113</sup> y FERRAJOLI los denomina “derechos-expectativa”<sup>114</sup>, derechos como expectativas positivas que implican, respecto a los poderes públicos, algunas obligaciones de prestación.

Los conceptos de ordenación del territorio y el urbanismo obedecen a intereses colectivos que poseen una importancia material que ha sido constatada, aunque tendremos que concretar su perfil. Tenemos que concretarlos para diferenciarlos del resto de delitos del título XVI, ya que si son concebidos los delitos de ordenación del territorio de forma demasiado amplia, entendida ésta como el equilibrio del conjunto de recursos naturales que integran el medio vital del hombre, esta concepción sería demasiado abstracta. Y en abstracto no podría constituir un bien jurídico protegido, sino solamente un criterio de agrupación de diversos delitos. La ordenación del territorio se podría definir como la función pública de corrección de desequilibrios territoriales o expresión especial de la política económica, social,

---

<sup>111</sup> Cfr. BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: “Delimitación normativa del delito urbanístico en la ordenación territorial del Estado diseñada por el Título VIII de la Constitución de 1978”, Cuadernos de Política Criminal, núm. 81, octubre 2003, VLEX, pág. 20.

<sup>112</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente (Tít. XIII, L. II, PANCP 1983)”, en Documentación jurídica, vol. 2, 37/40, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, pág. 884.

<sup>113</sup> Cfr. GORRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 478.

<sup>114</sup> FERRAJOLI: Derechos y garantías, la Ley del más débil, Madrid, 1999, pág.104.

cultural y ecológica de toda sociedad, función que, a su vez, y como vimos, se podrá concretar en la potestad urbanística.

Un nutrido grupo de autores, descartando los contenidos anteriores que resultaban amplios y ambiguos, relacionan el bien jurídico protegido, directamente con la normativa reguladora del urbanismo, antes que con la propia ordenación del territorio, siendo dichos conceptos intercambiables en la mayoría de los casos<sup>115</sup>. De esta forma LÓPEZ RAMÓN considera el bien jurídico protegido como la legalidad de la actividad urbanística<sup>116</sup>. Acerca de la legalidad de la ordenación del territorio y la actividad urbanística, dentro de la intervención del ejercicio de las facultades referidas al suelo y edificación, DOMÍNGUEZ y FARRÉ aportan una definición<sup>117</sup>. VERCHER NOGUERA define el bien jurídico protegido como el normal cumplimiento de las normas administrativas para el uso racional del suelo<sup>118</sup>. A lo anteriormente dicho se suma la opinión de MUÑOZ CONDE, quien dice que el bien jurídico se encuentra representado por el cumplimiento de la ordenación territorial legal o reglamentariamente establecida<sup>119</sup>, al igual que ALONSO ÁLAMO, quien señala que sería el interés de la Administración en el cumplimiento de las normas urbanísticas<sup>120</sup>. Indica GARCÍA MARTÍN que lo que se protege con estos tipos delictivos es el cumplimiento de las normas que regulan la ordenación del territorio<sup>121</sup>. Y con similares palabras DE VEGA RUIZ<sup>122</sup>, DE LA CUESTA ARZAMENDI<sup>123</sup>, NARVÁEZ RODRÍGUEZ<sup>124</sup>, GARCÍA PLANAS<sup>125</sup>, y SAPENA

---

<sup>115</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op.cit., pág. 84.

<sup>116</sup> Cfr. LÓPEZ RAMÓN, F.: "Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos", Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 151, 1997, pág. 54.

<sup>117</sup> Cfr. DOMINGUEZ LUIS, J.A. / FARRÉ DÍAZ, E.: Los delitos relativos a la ordenación del territorio, Ed. Revista General de Derecho, Valencia, 1998, pág.76.

<sup>118</sup> Vid. VERCHER NOGUERA, A.: La delincuencia urbanística. Aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio, op. cit., págs. 58 y ss.

<sup>119</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Fco.: Derecho Penal, Parte Especial, op. cit., pág. 569.

<sup>120</sup> Cfr. ALONSO ÁLAMO, M.: "Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo", Cuadernos de la Guardia Civil, núm. 17, 1997, pág.72.

<sup>121</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: "Los tipos delictivos de los artículos 319 y 321 del Código Penal, en la disciplina urbanística, el suelo no urbanizable, las parcelaciones ilegales y el nuevo Código Penal", Actas I y II Jornadas, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1997, pág.191.

<sup>122</sup> Cfr. DE VEGA RUIZ, J. A.: Delitos contra la ordenación del territorio, medio ambiente, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995, op. cit., pág.117.

<sup>123</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: "Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995", op. cit., pág.117.

<sup>124</sup> Cfr. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: "Los delitos sobre ordenación del territorio. La responsabilidad penal de la Administración urbanística", Actualidad Penal, núm. 16, 1997, pág. 357.

<sup>125</sup> Cfr. GARCÍA PLANAS, G.: El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio), Tirant lo Blanch, 1997, pág. 61.

GRAU<sup>126</sup>, además de BOIX REIG/JUANATEY DORADO<sup>127</sup>, MATELLANES RODRIGUEZ<sup>128</sup>. BARRIENTOS PACHO<sup>129</sup>, y MARTINEZ ARRIETA<sup>130</sup>, se inclinan por considerar como bien jurídico el cumplimiento de la normativa reguladora de la ordenación del territorio. ROMÁN GARCIA lo define como la utilización del territorio conforme a las previsiones de la legalidad urbanística<sup>131</sup>. La definición de bien jurídico que hace GOMEZ TOMILLO se refiere al cumplimiento de la normativa administrativa en materia de urbanismo<sup>132</sup>. Finalmente, SALINERO ALONSO considera que el bien jurídico es el urbanismo, la determinación de los distintos usos del suelo en torno a la creación, mantenimiento y mejora de los núcleos de población; este bien jurídico se contrapone a la ordenación del territorio, que se encuentra en un campo mucho más amplio y poco definido<sup>133</sup>.

Para alguno de los autores anteriores, la intención que se percibe, es la de concretar ese bien jurídico tan indefinido, como son los bienes materiales que subyacen en la regulación urbanística<sup>134</sup>. Esta línea es seguida por alguna jurisprudencia, por ejemplo la destacada Sentencia del Tribunal Constitucional 395/2004 de 19 de octubre, que considera que la preservación de la utilización del suelo, es el interés tutelado. Se trataría, en realidad, de castigar determinadas conductas como delito, conductas que vendrían a suponer la desobediencia administrativa, en realidad, sin datos que justificaran la intervención penal; se respaldaría, como ilícito penal, el mero incumplimiento de normas sin tener en cuenta su contenido. Según ALONSO ÁLAMO, nos encontraríamos ante delitos de

---

<sup>126</sup> Cfr. SAPENA GRAU, Fco.: El arquitecto técnico y el aparejador frente al nuevo Código Penal, Guía práctica de uso, Cedecs, Barcelona, 1997, pág. 107.

<sup>127</sup> Cfr. BOIX REIG/JUANATEY DORADO: Comentarios al Código Penal de 1995, op. cit., pág. 1574.

<sup>128</sup> Cfr. MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: “Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio”, Revista Penal, núm. 8, 2001, pág. 64.

<sup>129</sup> Cfr. BARRIENTOS PACHO, J.M.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio”, La Ley, núm. 4172, 1996, pág. 1557.

<sup>130</sup> Cfr. MARTÍNEZ ARRIETA, A.: “Delito urbanístico”, en Empresa y delito en el nuevo Código Penal, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1997, pág. 179.

<sup>131</sup> Cfr. ROMÁN GARCÍA, F. y VV.AA.: Derecho Penal Administrativo (Ordenación del territorio, Patrimonio histórico y Medio ambiente), Comares, Granada, 1997, pág.33.

<sup>132</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO, M.: Urbanismo, Función Pública y Derecho Penal, Comares, Granada, 2000, págs. 47 y ss.

<sup>133</sup> Cfr. SALINERO ALONSO, C.: “Delitos contra la ordenación del territorio” I y II, La Ley, núms. 4354 y 4355, 1997, pág.1335.

<sup>134</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M. A. : Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 85.

desobediencia, que deberían permanecer en la esfera administrativa<sup>135</sup>. Dichos bienes, protegidos en el ámbito penal, necesitan de una legalidad previa que no procede del Derecho Penal, sino de otras ramas del ordenamiento jurídico como sucede en el caso de los delitos relativos al medio ambiente o los delitos contra la propiedad intelectual, designados por la normativa administrativa o civil, y cuyo desarrollo se realizará en cada uno de estos sectores, los que les correspondan.

Ciertamente, el cumplimiento de las normas tiene únicamente un sentido instrumental, y por ello, ante su incumplimiento no se pueden incriminar directamente las conductas, si previamente no se examina la orientación de los bienes subyacentes. Así, y como ejemplo, la reiterada reincidencia se castigaría como otro delito independiente del que se ha cometido -el delito de desobediencia a la autoridad-, y no ya dentro del delito urbanístico. El bien jurídico protegido se caracteriza no tanto por el respeto a la autoridad administrativa, ni la vigencia normativa, sino por el mantenimiento físico original del objeto agredido, suelo o espacio.

Es preciso desentrañar los bienes subyacentes, para dar protección a un bien jurídico definido, no indefinido, y estos se encuentran dirigidos al mantenimiento físico original de los objetos agredidos. Los delitos urbanísticos se relacionan con cualidades concretas del suelo que se encuentran referidas a su titularidad, destino o valor intrínseco. En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN define el bien jurídico como el correcto comportamiento en la ubicación de construcciones humanas en un territorio dado, aludiendo al respeto de aquellos elementos de planeamiento territorial que se consideran esenciales para su preservación, destacando un contenido material, el cual deslinda la naturaleza administrativa o penal de dichos comportamientos antijurídicos, relegando al Derecho Administrativo u otros ámbitos del Derecho Penal comportamientos con significado puramente procedimental o de desobediencia a la Administración Pública<sup>136</sup>. Esta posición, más concreta, se acerca más a las exigencias de una clara delimitación del bien jurídico protegido.

---

<sup>135</sup> Cfr. ALONSO ÁLAMO, M.: Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, op. cit., pág. 73.

En efecto, la protección penal del artículo 319 no se reduce a las obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable. Las acciones de protección tienen por objeto, además, y más en concreto, en relación al 319.1, otras determinadas características especiales de los suelos, que manifiestan la función social o colectiva que es relevante para el funcionamiento del sistema social, y ello es, a mi juicio, un auténtico objeto de protección. Nos referimos aquí al hecho de tratarse de suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares con reconocido valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, en relación a los cuales se va a prever un tipo agravado.

ACALE SANCHEZ opina, sin embargo, que todas estas categorías a las que acuden algunos autores como suelo no urbanizable, espacios naturales protegidos, zonas verdes, espacios libres, etcétera, son artificiales, puesto que son de creación legal y se estaría, además, incurriendo en otro error, el de equiparar el objeto del delito con el bien jurídico<sup>137</sup>. Se debe destacar que, junto a la ordenación del territorio y el urbanismo como bien jurídico, se protegería de esta forma el medio ambiente y el patrimonio histórico-artístico, debido a lo cual, posteriormente sería difícil explicar la protección de estos otros bienes jurídicos, como también ubicados dentro del título XVI. Si diseccionáramos en tres bienes jurídicos un solo precepto, con la finalidad de llegar al fondo de la cuestión, quedarían desatendidos la ordenación del territorio y el urbanismo, para regular, por el contrario, los usos del suelo que, entre sus objetivos integran la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, dejando de tener sustantividad propia. Esta tesis, según BOLDOVA PASAMAR, sería criticable, teniendo en cuenta que de ella se deduciría la equiparación entre lesión de los objetos materiales y bienes jurídicos<sup>138</sup>. No debemos confundir, pues, el objeto material del delito urbanístico con el bien jurídico que se trata de proteger.

La ubicación sistemática del Capítulo Primero pone de relieve que el legislador es consciente de la vinculación, dentro de determinadas concepciones, de medio ambiente y ordenación del territorio, lo cual se manifiesta en la relación

---

<sup>136</sup> Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, J.L.: “Delitos sobre la ordenación del territorio”, en Enciclopedia penal básica, Luzón Peña (dir.), Comares, Granada, 2002, pág. 535.

<sup>137</sup> Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 203.

concursal con el artículo 325 del Código Penal<sup>139</sup>. En esta línea pueden diferenciarse dos bloques dentro de la doctrina en relación con el bien jurídico protegido<sup>140</sup>, a que posteriormente nos referiremos por separado, quienes entienden que el bien jurídico es la ordenación del territorio en términos puramente formales -tesis formal- y quienes lo conciben en sentido material -tesis material-<sup>141</sup>. Partiendo del primer punto de vista se protegería la ordenación del territorio y el urbanismo desde la normativa administrativa; el segundo punto de vista entiende que no reúne las condiciones dicha “normativa” para ser considerada bien jurídico protegido penalmente, del mismo modo en el “delito ecológico” no se protege la normativa ambiental, sino el medio ambiente, en el derecho urbanístico no se tutela la normativa urbanística sino el valor de la ordenación del territorio<sup>142</sup>. Ambas tesis ofrecen dificultades, a un nivel general, para el mantenimiento de una postura claramente favorable a una o a otra.

Se ha considerado que el bien jurídico protegido no puede ser la objetiva ordenación del territorio, estando el urbanismo relacionado con ella como un género con una especie<sup>143</sup>. Y ello, en primer lugar, porque habría que determinar si el territorio está ordenado, dependiendo de una escala de valores de carácter individual, frente a lo que puede ocurrir con el medio ambiente en sentido estricto, donde es más fácil objetivar dónde estamos ante un comportamiento contaminante. Ello se debe a la estrecha conexión entre el concepto que analizamos y la percepción individual de lo estético, cómodo o placentero; y en un segundo lugar, admitiendo que fuese posible la ordenación del territorio bajo parámetros objetivos, sería suficiente la transgresión de normas de planeamiento para aceptar la existencia del delito<sup>144</sup>, al que hacemos referencia. El valor material de la ordenación del territorio puede estimarse como la *ratio legis* del precepto, pero no como el bien jurídico protegido. Esta teoría tendría su apoyo en el precepto contenido en el artículo 325

---

<sup>138</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 89.

<sup>139</sup> Vid STS 1182/2006, de 29 de noviembre (RJ 250) (FJ 11º e infra).

<sup>140</sup> GOMEZ TOMILLO, 2000, op. cit., pág. 21 y ss y GÓRRIZ ROYO, 2003, op. cit., pág. 572 y ss y BOLDOVA PASAMAR, 2007, op. cit., pág. 83 y ss.

<sup>141</sup> ACALE SÁNCHEZ, 1997, op. cit., 207 y ss.

<sup>142</sup> STS 363/2006, de 28 de marzo (RJ 1848), (FJ 9º).

<sup>143</sup> GOMEZ TOMILLO, 2000, op. cit., págs. 121 y ss. Art. 3 TR 2/2008 de 20 de junio, Ley del Suelo e infra.

<sup>144</sup> GOMEZ TOMILLO, M., “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, en Comentarios al Código Penal Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 1242.

del Código Penal en el que, según GOMEZ TOMILLO, se requiere algo más que la trasgresión de las normas protectoras del medio ambiente: la efectiva capacidad de afectación al entorno<sup>145</sup>.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el bien jurídico protegido en el artículo 319 del Código Penal no sería exactamente la normativa sobre la ordenación del territorio y el urbanismo que se refiere a la existencia de comportamientos infractores, sino la adecuación a dicha normativa de las conductas desarrolladas por los agentes que intervienen en la conformación del territorio, la legalidad de sus actuaciones. De ello podríamos deducir que nos hallamos ante delitos de peligro abstracto, que a su vez constituirían delitos de lesión, tema al que nos referiremos al tratar de la naturaleza de estos delitos.

En suma, y como seguidamente vamos a confirmar, según reconoce la opinión mayoritaria, apoyada en la jurisprudencia a la que dedicaremos un apartado separado, el bien jurídico protegido viene a coincidir con el definido por el Derecho Administrativo, tratándose de la ordenación del territorio o el uso racional del suelo. Pese a ello, han sido muchos los esfuerzos de la doctrina por dotar de un sustrato material al bien jurídico penal, tratando asimismo de vincular el objeto de protección con los bienes fundamentales del individuo.

El problema de la caracterización del bien jurídico protegido es que la referencia a la calidad de vida posee escasa capacidad de restricción teleológica para acotar el tenor literal de los tipos penales, debido a que no pasa de ser una referencia a un bien mediato o al objetivo político criminal último de la tutela penal de la ordenación del territorio y el urbanismo. Los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo son delitos formales y su probable vinculación a bienes jurídicos penales de carácter individual debe verse como un fin mediato, cuya afectación se produce a través de la reiteración de las conductas, se trataría entonces de un delito de acumulación, con la peculiaridad de que en este delito los tipos penales no establecen expresamente una incidencia directa acerca de las condiciones de vida de los seres humanos, ni siquiera en el sentido en el que puede descubrirse en

---

<sup>145</sup> GOMEZ TOMILLO, M., "Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo", op. cit., pág. 1242.

los delitos contra el medio ambiente. Con dicha caracterización del bien jurídico al que nos referimos y vista la proximidad del delito urbanístico a las infracciones administrativas, no puede resultar extraño que un sector doctrinal, como hemos examinado anteriormente, haya criticado la creación de tales delitos con base en el principio de intervención mínima a que ya nos hemos referido.

De esta manera, habría que reclamar, en todo caso, según MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, una interpretación restrictiva de los tipos, con el carácter de *última ratio* del Derecho Penal<sup>146</sup>, que hay que tener siempre presente, y que según la idea de la calidad de vida de las personas, ha de reservar la vía penal únicamente para las infracciones urbanísticas de mayor gravedad.

Sin perjuicio de las consideraciones que hemos avanzado, y antes de referirnos de forma más concreta a las tesis formal y material, así como a la posición jurisprudencial al respecto, creemos conveniente hacer unas reflexiones sobre la conexión del bien jurídico protegido con la función social de la ordenación del territorio y el urbanismo.

Según RODRIGUEZ RAMOS, la protección penal del urbanismo debe atender a la salvaguarda de los intereses que se hallan en el interior de dicho bien jurídico, no a la ordenación del territorio en cuanto al resultado de la planificación del mismo como bien digno de protección<sup>147</sup>. El bien jurídico se debe vincular a la calidad de vida de las personas o, más concreto, a la calidad de su hábitat, que depende del entorno, de su participación en las plusvalías generadas por la acción

---

<sup>146</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. En Derecho Penal. Parte Especial, 3º Edición, CD-ROM, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

<sup>147</sup> Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “La protección penal del urbanismo (pautas para criminalizar algunas conductas)”, Revista de Derecho Urbanístico, núm.81, 1983, pág.39; y en este mismo sentido, vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F.: “Delitos sobre la ordenación del territorio: el delito urbanístico en el nuevo Código Penal”, Cuadernos de Política Criminal, núm.63, 1997, pág. 673; CARMONA SALGADO, C.: Derecho Penal Español. Parte Especial, M. Cobo del Rosal (coord.), Dykinson, Madrid, 2005, pág.654 y “Consideraciones críticas en torno a algunos delitos urbanísticos”, en La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, Libro-homenaje al Prof. D. José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, pág.1208; QUERALT JIMÉNEZ, J.: Derecho Penal Español. Parte Especial, 4ª ed., Atelier, Barcelona, 2002, pág. 744; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente...”, op. cit., pág. 891; y BLANCO LOZANO, C.: El delito urbanístico, op. cit., pág.34; además, y en relación a la jurisprudencia, se podrían destacar las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba de 4/02/2003 (JUR 2003/93476) y 3/11/2004 (JUR 2005/46780).

urbanística en forma de espacios libres, instalaciones, servicios...La calidad de vida se relaciona con la utilización racional de los recursos naturales y suelo, prevista en nuestra Norma Fundamental, al igual que con la defensa del medio ambiente y su restauración. Y a dicha finalidad contribuye el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada como mencionamos en otro momento, además de otros derechos reconocidos en la Constitución y de los que depende la calidad de vida de las personas. Teniendo en cuenta dicho nexo común, la amplia rúbrica de la calidad de vida sería integradora como mucho de la *ratio legis*. Además, aunque la calidad del hábitat sea más concreta que la anterior, tampoco sirve para delimitar estos delitos y los delitos relacionados con el medio ambiente<sup>148</sup>. No obstante, resultará imprescindible para otorgar un contenido material al bien jurídico protegido en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

No se puede asegurar que la tipificación de infracciones a la normativa urbanística, así como las penales del mismo carácter, sean necesariamente idóneas para hacer efectivo el derecho de la calidad de la vivienda. Y aunque no todas las normas se refieren a ello, en muchos casos los delitos urbanísticos podrían suponer lo contrario. CONDE PUMPIDO TOURÓN, acerca de este tema, indica que el bien jurídico protegido no es otro que la ordenación del territorio orientada a los intereses de la sociedad en general. Se tutelan los concretos valores que sirven de base a la normativa orientada a la regulación de los usos del suelo y que contribuyen al desarrollo de las distintas funciones sociales, con la finalidad de hacer efectivo el derecho a una vivienda digna y al ejercicio de actividades profesionales, sociales, ocio, recreo, esparcimiento, deporte<sup>149</sup>. Dicho criterio es asumido por diversas sentencias de Audiencias Provinciales y por algunos autores<sup>150</sup>.

Para GORRIZ ROYO, la ordenación del territorio consiste en la utilización racional del suelo cuando su finalidad es lograr la calidad de vida del hábitat humano

---

<sup>148</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A.: Los delitos urbanísticos, op.cit., pág. 90.

<sup>149</sup> Cfr. CONDE PUMPIDO TOURÓN, C.: “Los delitos urbanísticos o relativos a la ordenación del territorio”, en Empresa y Derecho Penal (II), Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 156.

<sup>150</sup> Vid., por todos, SILVA FORNÉ, D.: “Delitos sobre la ordenación del territorio: bien jurídico tutelado y política criminal”, Revista de Ciencias Penales, vol. 1, núm. 2, 1998, pág. 459. Y en la jurisprudencia, podemos destacar la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 29-06-2001 (JUR 2001/250301), la SAP de Córdoba, de 4-02-2003 (JUR 2003/93476) y la SAP de Alicante, de 12-06-2003 (JUR 2003/168022).

destinado a la configuración del medio ambiente. En relación con los delitos del artículo 319, concreta el bien jurídico y lo define como el uso racional del suelo tendente a dotar dicho recurso natural de acuerdo a su destino: ambiental, paisajístico, artístico, histórico, cultural, público, agrícola o forestal<sup>151</sup>.

Los anteriormente mencionados postulados constitucionales, tienen cierta correspondencia con el artículo 33.2 de la Norma Fundamental, desempeñando, al margen de los bienes de dominio público y por su propia naturaleza, una función social. En este artículo 33.2 CE se declara la función social de la propiedad privada, cuyo contenido se habrá de delimitar mediante las leyes. Este afectará a la propiedad privada inmobiliaria, a su clasificación urbanística, y además de ello, el suelo de dominio público también se relaciona con la función social, atendiendo al interés general y al principio social del suelo con la finalidad de la correcta ordenación del territorio<sup>152</sup>. Y por otra parte, y a mayor abundamiento, se vinculan a la función social del suelo, las plusvalías que genera la acción urbanística de los entes públicos, así como la previsión de zonas de uso público y común en el desarrollo de los procesos de urbanización que pueden ser: sistemas generales o dotacionales locales que, a su vez, se dividen en comunicaciones, espacios libres públicos y equipamientos comunitarios, e incluso las tasas públicas que se satisfacen con la finalidad del ejercicio del derecho a la edificación, relacionado con la concesión de la licencia.

Asociados al cumplimiento de la reiterada función social, a que nos estamos refiriendo, encontramos deberes de dos tipos: de acción u omisión, que se pueden concretar en prohibiciones de urbanización, construcción o edificación. Y ello con la finalidad de no impedir o dificultar el uso y disfrute, por parte la comunidad, de espacios y lugares de acuerdo a su valor, titularidad o destino, de manera que en lo que afecta al hombre, el entorno del medio físico sea equilibrado y racional<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> Vid. GORRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio..., op. cit, págs. 584 y ss.

<sup>152</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUIS, J.A. / FARRÉ DÍAZ, E.: Los delitos relativos a la ordenación del territorio, op .cit., págs. 53 y 56.

<sup>153</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 92.

En la identificación que ACALE SANCHEZ hace con la ordenación del territorio, que comparto, esta función consiste en promover el contenido social del derecho a la propiedad, para el mejor aprovechamiento de las plusvalías generadas por parte de la comunidad. Además, para la existencia de zonas verdes, viales o de interés comunitario se precisa la participación de los propietarios en dicha labor, no ya cediendo parte de su derecho de propiedad a la comunidad, sino no apropiándose de la parte social de su derecho que no le corresponde<sup>154</sup>.

La función social de la propiedad, para VERCHER NOGUERA, no puede ser considerada como bien jurídico protegido, no está definida y depende su plasmación práctica de numerosas circunstancias según cada lugar y momento<sup>155</sup>. Dicha función se encuentra reconocida por las normas administrativas como principio de la norma urbanística y criterio rector de la política económica y social de los poderes públicos, en el ya mencionado artículo 47 de la Constitución. La utilización del suelo se debe regular conforme al interés general. Partiendo de dicha función, para los propietarios existen una serie de deberes que derivan del planeamiento o de la ley, atendiendo a la clasificación urbanística del suelo. En determinadas condiciones de ilegalidad, siempre las más graves, se concretan dichos deberes en el artículo 319 del Código Penal, además de que pueden también derivarse del planeamiento, atendiendo a la clasificación urbanística del suelo, hasta llegar a que se produzca el absoluto y necesario cumplimiento de la función social de la propiedad como sucede en el supuesto de expropiación. Podemos encontrarnos supuestos vinculados tanto con la urbanización o edificación, que constituyen los llamados deberes de acción, como con los deberes de omisión (por ejemplo, reparcelar) del propietario. Y ello, en tanto que en los delitos urbanísticos sólo estará presente el deber de omisión del propietario de la acción de urbanización, construcción o edificación en los tipos de suelos y en las condiciones de ilegalidad del artículo 319 el Código Penal, condiciones que estarán descritas, por lo que la solución que ofrece BOLDOVA PASAMAR, de cara a la función social del suelo, no es la expropiación, sino la demolición<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos urbanísticos, op.cit., págs. 207 y ss.

<sup>155</sup> Cfr. VERCHER NOGUERA, A.: La delincuencia urbanística..., op.cit., pág. 40.

Al referirse a conductas penalmente prohibidas, la función social de la propiedad no puede ser considerada como bien jurídico único, ya que imposibilitaría la explicación de las construcciones en suelo de dominio público realizadas sobre la base del contenido social del derecho a la propiedad privada inmobiliaria que no existe como tal. En relación con las edificaciones o construcciones en el suelo no urbanizable, nos encontramos igualmente con dificultades. El incumplimiento del deber de ceder parte del derecho de propiedad a la comunidad, o la misma apropiación de la parte social del derecho a la propiedad que no les pertenece (siempre presuponemos que el suelo urbanizable sobre el que se edifica es de titularidad privada), supone vulnerar el propio destino social que se le atribuye a espacios y lugares. Las construcciones tendrán, en su caso, legal o administrativamente reconocidos los valores del artículo 319.1 del Código Penal, es decir, valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, por lo que reconoceríamos bienes jurídicos complementarios y la “pluriofensalidad” del delito, siendo esta la tesis defendida por gran parte de la doctrina, con la que estamos de acuerdo<sup>157</sup>.

No es la función social de la propiedad el bien jurídico definitivo, sino uno más amplio y general que lo incluye, la función social del suelo con independencia del carácter público o privado. Limitar la ordenación del territorio y urbanismo a la regulación de las facultades urbanísticas únicamente, pierde su sentido, pues ello sólo correspondería a los titulares de la propiedad inmobiliaria. Dicha ordenación del territorio debe ser un todo en relación al espacio, de forma que la normativa urbanística no sólo queda vinculada a los particulares, sino a los poderes públicos en la medida que son, además, titulares de suelos susceptibles de ordenación. La comunidad se interesa por su medio físico y su clasificación, incluyendo todo, lo público y lo privado. La función social se concreta, en lo referido a estos delitos que corresponden al interés público en general, en el uso y disfrute de dichos suelos conforme al valor social, o conforme a la titularidad pública o destino a esta condición. El porqué de la función social del suelo público, no necesita argumentación, dado que es inherente a su naturaleza.

---

<sup>156</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A.: Los delitos urbanísticos, op.cit., pág. 93 y 94.

<sup>157</sup> Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos urbanísticos, op.cit., pág. 209.

Por otra parte, refiriéndonos al suelo de titularidad privada, su función social se deriva directamente de la planificación, legislación y regulación por los poderes públicos. No son las categorías urbanísticas sino las funciones, las que resultan finalmente dañadas por la acción típica. Incluso en el caso de la urbanización, edificación y construcción, ello se puede realizar en un terreno propio, sin aparente daño ajeno, aparte del provocado por la infracción de las disposiciones administrativas. En contra de la tesis mayoritaria, y avanzando nuestra postura sobre el bien jurídico protegido, estimamos que la remisión a la normativa administrativa que implica la interpretación y aplicación de los delitos urbanísticos y la infracción de la misma con la realización típica, tiene un sentido puramente instrumental que concreta el ámbito de aplicación en el que el bien jurídico reside y a cuya realización se orientan dichas normas<sup>158</sup>. El bien jurídico protegido ha de ser necesariamente dotado de un contenido material que, a un nivel general, debe estar conectado con la función social de la ordenación del territorio y el urbanismo.

Los delitos del artículo 319 del Código Penal se refieren a las funciones sociales de determinados bienes inmuebles (públicos o privados). Las urbanizaciones, construcciones y edificaciones no autorizables lesionan dichos bienes jurídicos y se pueden realizar en terrenos públicos, suelos y lugares especialmente protegidos, o bien simplemente realizarse en suelo no urbanizable.<sup>159</sup> No se protege el suelo no urbanizable, exclusivamente, para que no se urbanice, construya o se edifique sobre dicho suelo, puesto que en el mismo no urbanizable es posible construir o edificar en determinadas circunstancias. Lo que se protege, en realidad, son dichas funciones sociales, asociadas a determinados suelos, en los que no es posible autorizar (debido a que se contradice el interés general referido a la titularidad del suelo), la urbanización, construcción o edificación que se ha llevado a cabo. Y en este sentido, aunque la cláusula “ordenación del territorio y urbanismo” sirve como aproximación para definir el bien jurídico protegido en dichos delitos, sobre todo si deja de contener ciertos tecnicismos administrativos, se entiende que el

---

<sup>158</sup> Cfr., en este sentido, BOLDOVA PASAMAR, M.A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 95 y ss.

<sup>159</sup> El artículo 320 del Código Penal, por su parte, que se encuentra asociado al 319, protege el funcionamiento de la Administración o la legalidad de la función administrativa, con la finalidad de protección de las funciones sociales sobre determinados bienes inmuebles, independientemente de su titularidad y de la clasificación del suelo a que afecten las licencias y proyectos de edificación.

bien jurídico ha de estar conectado con la necesaria protección que deben desarrollar los poderes públicos, ordenando el territorio y el urbanismo con un modelo definido, lo cual es deseable para la comunidad en general y digno de protección jurídica. A partir de aquí tendrá plenamente sentido otorgar un contenido material, y no solamente formal, al bien jurídico protegido en estos delitos.

Sería inimaginable que se levantaran, desde este punto de vista, las prohibiciones relativas a la urbanización, construcción o edificación en suelo no urbanizable, o bien las relativas a lugares con valor ecológico, artístico, cultural, etc... de manera que pudiera construirse generalizada y generosamente sobre estos lugares, con tal de que estas obras obedecieran al sentido de la ordenación contenido en la regulación jurídica correspondiente. Si ordenar el territorio tiene algún sentido desde la perspectiva urbanística, en el Estado social y democrático de Derecho únicamente podría encontrar una justificación en las funciones sociales de las distintas clases de suelo. De esta manera, se alcanzaría la comprensión del sentido material de dicha regulación administrativa y penal (según corresponda).

Si, por otra parte, se entendiese la ordenación del territorio y el urbanismo sólo en el sentido de función pública, con la finalidad de corregir los desequilibrios territoriales, o en el más amplio sentido espacial de la política económica, cultural y ecológica de la sociedad, estos delitos serían sólo de peligro, no de lesión, tema al que posteriormente nos referiremos. La ordenación del territorio, dada su amplitud conceptual, no puede llegar a lesionarse. Se trataría de delitos puros de peligro abstracto donde sería precisa la realización de urbanizaciones, edificaciones o construcciones en un espacio físico determinado, para poder hablar realmente de una puesta en peligro o una lesión. Estos delitos constituirían, en de este modo, infracciones carentes de un injusto material con relevancia penal, por lo que adicionalmente se habrá de exigir, en el ámbito de la conducta típica, un resultado de lesión o de peligro concreto. De ahí la necesidad de concreción del contenido material del bien jurídico protegido.

En suma, el bien jurídico protegido que se pretende tutelar en estos delitos parece ser el correcto comportamiento en la ubicación de las urbanizaciones

---

construcciones y edificaciones en un territorio dado, respetando aquellos elementos del planeamiento territorial estipulados para dicho territorio que se consideren esenciales para la preservación del mismo<sup>160</sup> en su configuración presente<sup>161</sup>. Es importante, por tanto, en este sentido, destacar el contenido material del que ha de dotarse -y que se ha querido enfatizar en la formulación propuesta-<sup>162</sup>, efectivamente, a esta definición del bien jurídico protegido, puesto que solo ello permite deslindar aquello que puede ser legítimamente materia de sanción penal de aquellos otros comportamientos que, por su significación puramente procedimental o desobediencia a la Administración Pública, no deben ser configurados como delito, o al menos no en este grupo<sup>163</sup>. Sólo así el bien jurídico en estos delitos adquiriría la relevancia que se le ha querido otorgar.

A este respecto, veremos en su momento cómo la enumeración de conductas delictivas que hace nuestro Código Penal es bastante respetuosa con estas exigencias de ofensividad frente al bien jurídico, puesto que todas las enumeradas parecen poder conectarse fácilmente con fenómenos de afectación sustancial a dicho bien jurídico, tal y como ha sido definido. Cuestión distinta es, no obstante, el hecho de que

---

<sup>160</sup> Cfr. al respecto, GARCÍA PLANAS: El delito urbanístico, op. cit., 1997, págs. 13-32.

<sup>161</sup> Cfr. una definición más amplia y fundamentada, también de carácter meramente material, en ACALE SÁNCHEZ; Delitos urbanísticos, op. cit., págs. 206-208; además, la misma, en TERRADILLOS BASOCO, J, Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente, Estudios Penales y Criminológicos, XX, Universidad de Santiago de Compostela, 1997, págs. 23-25. Y en sentido similar GARCÍA PLANAS, El delito urbanístico, 1997, pág. 61., SALINERO ALONSO, C., Delitos contra la ordenación del territorio (I y II), La Ley, núm. 4354 y 4355, 1997, pág. 1335.

<sup>162</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M., Los delitos sobre la ordenación del territorio, en Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 8/2000 (Comentario), Universidad de León, Editorial Aranzadi S. A, Pamplona, 2000, en revista electrónica Westlaw.es, pág. 2.

<sup>163</sup> En este sentido ACALE SÁNCHEZ, Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 203., Cfr., además BARRIENTOS PACHO, J. M., Delitos relativos a la ordenación del territorio, La Ley, núm 4172, 1996, pág. 1557., BOIX REIG/JUANATEY DORADO., Comentarios al Código Penal de 1995. VIVES ANTÓN (Coord.), 1996-VI, 1574., BOIX REIG, Derecho Penal. Parte Especial., en VIVES ANTÓN y otros, 3º edición, 1999, pág. 626, LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador, 1996, pág. 158.; ORTEGA MONTORO, R., Los delitos contra la ordenación del territorio en el Código penal de 1995, La Ley, núm. 4426, 1997, pág. 1539., VERCHER NOGUERA, La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio; LL, 1997-I, pág. 1917., DE LA CUESTA ARZAMENDI, Delitos relativos a la ordenación del territorio en los el nuevo Código Penal de 1995, op. cit., pág. 314 (aún reconociendo que la formulación es insatisfactoria) y MUÑOZ CONDE., Derecho Penal. Parte Especial 18ª edición, 2010, págs. 569 y ss., quienes hacen más hincapié en el respaldo administrativo al planeamiento urbanístico. Ello, naturalmente, no tendrá importancia si, pese a ello se preserva en todo caso la necesidad de que en los casos concretos se verifique la presencia efectiva de antijuridicidad material: en otras palabras, que se compruebe que, además de una infracción de la normativa urbanística o de las indicaciones del plan, existe una afección efectiva y relevante (sin embargo, MUÑOZ CONDE acepta la configuración de estos delitos como “delitos de acumulación”) a la correcta configuración de la ordenación territorial.

probablemente el catálogo previsto en el artículo 319 del Código Penal, resulte insuficiente, ocasionando innecesarias lagunas de punición <sup>164</sup>.

Tras estas amplias reflexiones sobre la problemática doctrinal generada en torno al bien jurídico protegido en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, en las que hemos prestado una atención particular a la función social del suelo, conviene realizar una concreción de las dos tesis aludidas, que en parte se puede considerar a modo de recapitulación, antes de examinar la posición jurisprudencial sobre este tema. Se diferencian, pues, dos bloques dentro de la doctrina acerca del bien jurídico protegido, aportando cada autor sus propios matices. En primer lugar, se encuentran los que se refieren a la ordenación del territorio y el urbanismo como lo tutelado en términos únicamente formales <sup>165</sup>, y un segundo grupo de autores que los conciben como algo puramente material <sup>166</sup>.

## **2. Tesis formal.**

Desde el punto de vista formal, como en un primer momento indicamos, se protegería la normativa administrativa en materia de ordenación del territorio y el urbanismo, lo cual se criticó porque esta normativa no reúne condiciones materiales para ser un bien jurídico tutelado penalmente, “así como el delito ecológico (artículo 325) no tutela la normativa ambiental sino el medioambiente”, considerando que en el delito urbanístico no se tutela la normativa administrativa -como un valor formal o simplemente instrumental-, sino el valor material de la ordenación del territorio, que tiene que entenderse no como una actividad desplegada por el legislador y la Administración, sino como la finalidad de esa actividad: el que el territorio se encuentre ordenado, sin lugar a dudas, es un interés jurídicamente tutelado <sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> Así lo apunta, en sentido crítico, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., op. cit., 1998, pág. 318.

<sup>165</sup> Por todos, SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho Penal Parte Especial, op.cit., pág. 560.

<sup>166</sup> Vid., por todos, CARMONA SALGADO, C.: “Delitos sobre la ordenación del territorio...”, op. cit., pág. 672.

<sup>167</sup> Así se pronuncia BOIX REIG, J. en “Delitos contra el medioambiente”, en VIVES ANTÓN / BOIX REIG / ORTS BERENGUER / CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC: Derecho Penal, Parte Especial, 2ª ed., revisada y actualizada conforme al Código penal de 1995, Valencia, 1996, pág. 570.

La simple y objetiva ordenación del territorio no puede ser el bien jurídico protegido por varias razones. La primera, porque sólo determinar si el territorio se encuentra ordenado, es algo muy relacionado con la escala de valores individual, frente a lo que ocurre con el territorio en sentido estricto, que resulta objetivo ante un comportamiento contaminante o gravemente perturbador<sup>168</sup>. Y en segundo lugar, aun admitiendo como posible una ordenación del territorio conforme a los parámetros que se han establecido y han sido objetivamente definidos, sería suficiente la trasgresión de las normas de planeamiento, aceptando que existe un delito, cuando no hay correspondencia entre dicho orden objetivo, al que se hace referencia, y las normas de planeamiento. Examinando las normas urbanísticas contenidas en los planes de ordenación urbana de los municipios, se podría tomar como referencia la calificación del suelo como rústico, o no urbanizable, o de especial protección, sin que ello corresponda a un valor determinado.

Hay autores que entienden, atendiendo a lo que se tutela bajo la rúbrica de los delitos sobre la ordenación el territorio y el urbanismo, que nos encontramos ante los tipos formales del delito<sup>169</sup>. Frente a lo anterior, podemos decir que estaríamos únicamente ante la “normativa reguladora de la ordenación del territorio y urbanismo”, o expresado en otros términos, se trataría de la regulación normativo-urbanística. De esta forma, el bien jurídico protegido, en las modalidades típicas del delito urbanístico, sería “el interés que ya de por sí representa el cumplimiento de la ordenación territorial legal o reglamentariamente establecida”<sup>170</sup>. Se trataría de velar penalmente por el respeto a las limitaciones legal o reglamentariamente establecidas al respecto, sancionándose, en consecuencia, las infracciones que se han cometido en contra de los controles y pautas legales administrativas que rigen en dicha materia.

Un sector doctrinal considera, pues, que nos encontramos ante tipos formales del delito. Lo tutelado, como anteriormente he indicado, refiriéndome a la rúbrica “De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, sería la única “normativa reguladora de la ordenación del territorio y urbanismo”, o bien,

---

<sup>168</sup> Cfr. BARRIENTOS PACHO, J.M.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio”, op.cit., pág. 3.

<sup>169</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE.: Derecho Penal, Parte Especial, op. cit., pág. 569.

<sup>170</sup> Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: La protección penal del urbanismo, (Pautas para criminalizar algunas conductas), op. cit., pág. 39.

expresándolo en otros términos, la regulación administrativo-urbanística Y asimismo, el bien jurídico protegido en otras modalidades típicas del delito urbanístico, sería “el interés que ya de por sí representa el cumplimiento de la ordenación legal o reglamentariamente establecida”<sup>171</sup>. A partir de aquí deberíamos concluir que, respecto a la delimitación formal del bien jurídico protegido “ordenación del territorio y urbanismo”, lo que se trata de proteger es el respeto a las limitaciones legales o reglamentarias establecidas, siendo sancionadas penalmente las infracciones cometidas contra las mismas.

La dimensión formal del bien jurídico protegido es restrictiva, ya que desfigura una de las funciones esenciales del Derecho Penal, su carácter de intervención mínima, por lo que parece necesario y conveniente para fundamentar, en todo caso, con mayor solidez, la presencia en el Texto punitivo de estos delitos, estimar a aquél en su dimensión material<sup>172</sup>. Muchos autores se han manifestado en la línea de buscar algo más que explicita el bien jurídico protegido e incluso se ha llegado a manifestar en este sentido la propia jurisprudencia. Con anterioridad a su entrada en el ámbito punitivo, RODRIGUEZ RAMOS ya había iniciado este planteamiento, concretando e incluyendo dentro del ámbito punitivo del bien jurídico el urbanismo como equivalente a la calidad de vida, y de una manera más específica calidad del medio físico de dicho hábitat, es decir, la calidad del marco físico de esa vida, de ese hábitat<sup>173</sup>. Con posterioridad, en el Código Penal de 1995, la aceptación de la dimensión material fue asumida<sup>174</sup>, sobre todo en lo referente al artículo 319 del Código Penal, verdadero núcleo de dicha tipificación, como valor contenido en sentido propio y sustancial, en cuanto su conculcación afecta al suelo como hábitat humano, a la calidad de vida de los ciudadanos y a la calidad del entorno urbano y,

---

<sup>171</sup> Vid. BLANCO LOZANO, C.: El delito urbanístico, op. cit., págs. 33 y 34.

<sup>172</sup> Cfr. MORILLAS CUEVA, L.: “Städtebaudelikte zwischen Realität und Expansion”, op. cit., pág. 1688.

<sup>173</sup> RODRIGUEZ RAMOS, L.: “La protección penal del urbanismo. Pautas para criminalizar algunas conductas”, en Revista de Derecho urbanístico, núm. 81, 1983, pág. 39.

<sup>174</sup> Entre otros CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C “Los delitos urbanísticos o relativos a la ordenación del territorio”, en Empresa y Derecho Penal, II, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 156 -bien jurídico sería el valor ordenación del territorio, en sentido material y constitucional de utilización racional del suelo orientada a los intereses generales-, CARMONA SALGADO, C., “Delitos...”, op. cit., pág. 670- urbanismo como sector de la ordenación del territorio cuya protección tiende a mejorar la calidad de vida de los habitantes del mismo-, BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Los delitos...”, op. cit., pág 94 -función social del suelo-, SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., Delitos urbanísticos, Valladolid, 2008, pág. 59-cualidades del suelo

en consecuencia, como interés difuso, colectivo, cuya titularidad, según MORILLAS CUEVA pertenece a la sociedad como tal<sup>175</sup>, opinión con la que estoy totalmente de acuerdo.

Debemos considerar, no obstante, que aunque la intervención penal sea mínima en esta materia, según POZUELO PÉREZ no se produce tipificación en todos los aspectos que afectan al urbanismo, sino sólo en los que afectan a los artículos 319 y 320 del Código Penal, que no se refieren a todos los ámbitos como el planeamiento, mercado del suelo y ejecución. Y ello porque, evidentemente se alude, en el Código Penal, a los aspectos más graves dentro del ámbito de la urbanización, construcción o edificación. Además de que, según su tipificación, habrá de concurrir dolo, no bastando la imprudencia<sup>176</sup>. El contenido material del bien jurídico protegido, y posteriormente insistiremos en ello, habrá de referirse tan sólo a las conductas objetivamente más graves que originen consecuencias muy negativas. Y en este sentido, con el paso de los años, estos delitos se han ido consolidando, pasando a convertirse, de figura simbólica a infracción penal sancionable y real, a pesar de que alguna jurisprudencia no estaba de acuerdo con ello, como se puso de manifiesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 26 de mayo de 2005 (JUR 2008/162485). En la actualidad, estos delitos vienen aplicándose regularmente, salvo que concurra atipicidad o inculpabilidad en relación con el hecho ejecutado<sup>177</sup>.

---

puesto que en respuesta del mandato constitucional los poderes públicos deben mantener un equilibrio entre dichas cualidades y la función que ha de desempeñar el suelo como recurso natural-.

<sup>175</sup> Cfr. MORILLAS CUEVA, L.: “Städtebaudelikte zwischen Realität und Expansion”, op. cit., pág. 1688.

<sup>176</sup> POZUELO PÉREZ, L.: “Notas sobre la denominada “expansión del Derecho Penal”, un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio”, Revista de Derecho y Proceso Penal, nº 9, 2003-1, pág. 29

<sup>177</sup> El Tribunal Supremo, como veremos, abre las puertas del art. 319 del Código Penal a particulares no profesionales de la construcción. Por otra parte, el TC mediante el Auto 103/2004 de 13 de abril, inadmitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real mediante Auto de 10 de diciembre de 2002, en torno al

### 3. Tesis material.

El bien jurídico protegido en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, como venimos expresando, tiene un carácter material aprehensible, considerando, en términos esenciales, que su objeto en tal contexto tutelado no es otro que “nuestro patrimonio urbanístico”<sup>178</sup>. Además, se parte de la premisa de que en el Derecho Administrativo, superando su fracaso en dicho ámbito, se otorga una protección más ágil, evitando huidas al Derecho Penal.

El contenido sustancial del bien jurídico en los delitos a que nos referimos, se considera que está constituido, en primer lugar, por la ordenación racional del territorio, el adecuado reparto y distribución del suelo en función de sus diversos usos, y por último, todo ello en cuanto elemento integrante de los sistemas sociales en los que vivimos, que son complejos, como factores indispensables para lograr un buen funcionamiento de los mismos y asimismo facilitar la pacífica participación de los ciudadanos en dichos sistemas, y de esta forma, lograr la satisfacción de sus necesidades humanas y existenciales<sup>179</sup>. El urbanismo como objeto de la tutela penal tiene carácter antropocéntrico, en él se engloban circunstancias y factores que se refieren al hombre vinculado con el medio en el que se desenvuelve, operando en el suelo y en la tierra.

Desde el punto de vista material, la ordenación del territorio y el urbanismo conectados con la calidad de vida, en todo caso, podría estimarse que constituyen, como ya dijimos, la *ratio legis* del precepto, pero nunca, el bien jurídico protegido. Y ello, en contraste con el delito ambiental del artículo 325, en el que se requiere más que la transgresión de las normas que protegen al medio ambiente, la efectiva capacidad de afección al entorno de la acción típica, lo cual apoya dicho argumento. Y no nos referiremos aquí a la decisión o no de censura, desde el punto de vista político-criminal, cuyo estudio desbordaría las posibilidades, por la amplia discusión que conlleva.

---

319.2 del Código Penal “por no hallarse concluso el procedimiento”, concluyendo con la inadmisión de la misma al resultar “notoriamente infundada”.

<sup>178</sup> Cfr. MORA ALARCÓN: Suma de Derecho Penal, Parte General y Especial, 1996, pág. 495.

Resulta interesante la postura de ACALE SÁNCHEZ, quien mantiene, el sentido en otro momento apuntado, que “el bien jurídico ordenación del territorio ha de ser identificado con la promoción del contenido social del derecho a la propiedad... para que existan zonas verdes, viales, bienes de interés comunitario, es preciso que todos los propietarios participen en dicha labor, no ya cediendo parte de su derecho de propiedad a la comunidad, sino no apropiándose de la parte social de su derecho que no les pertenece”<sup>180</sup>. Cuando se construye, y como ejemplo, de forma no autorizable, un edificio, en un suelo destinado a la construcción de una vía o zona verde, o se edifica de forma no autorizable sobre suelo no urbanizable, lo que se hace, en realidad, es no ceder a la colectividad o a la sociedad, los terrenos destinados a los equipamientos colectivos o no hacer frente proporcional y solidariamente a los costes de urbanización de una actuación determinada. El artículo 319, se podría entender, protege una pluralidad de bienes jurídicos, no sólo un único y nuevo bien jurídico como es la ordenación el territorio y urbanismo en general, sino otros que ya existían como el medio ambiente y el patrimonio histórico, en relación a los cuales el carácter no autorizable de las obras los hará objeto de un tipo agravado. Se podría señalar, entonces, y como ejemplo, que la construcción no autorizable en un lugar que tenga legalmente o administrativamente reconocido un determinado valor, lesionaría el bien jurídico ambiente, desde el punto de vista ecológico o paisajístico<sup>181</sup>.

En relación a la hipótesis de construcción no autorizable en suelo de dominio público, estaríamos ante “un interés colectivo al disfrute no condicionado de la colectividad de los bienes que forman el dominio público -donde se satisfacen las necesidades también de esparcimiento, así como la calidad de vida-”<sup>182</sup>. No está claro si se entiende con tal modalidad comisiva que se tutela la ordenación del territorio y el urbanismo, o si, por el contrario, se trata de un interés diferente que no se encuentra precisado por la Ley, ya que la rúbrica del Título XVI no dice nada sobre ello, y por supuesto, tampoco podría identificarse con el medio ambiente o con

---

<sup>179</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Protección penal de la ordenación del territorio y del medio ambiente...”, op. cit., pág. 875.

<sup>180</sup> Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos urbanísticos, op. cit., págs.207-208.

<sup>181</sup> Cfr. MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: “Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 65, aunque en relación a la tipificación anterior a la reforma, por lo que se refiere a construcciones “no autorizadas”.

el patrimonio histórico o artístico. No se podría decir que el sujeto “se ha apropiado de la parte social de un derecho que no le pertenece”, o que no ha cedido parte de su derecho a la comunidad, ya que no puede ceder lo que no le ha pertenecido. La propiedad de lo tutelado, entonces, en ningún momento le ha pertenecido.

En el supuesto de una construcción no autorizable invadiendo una zona verde de uso público “consolidada”, se estaría realizando también el tipo previsto en el artículo 319.1. El papel, en este ejemplo, de la función social en la propiedad privada, centrándonos en la función social, sería inexistente, aunque se pueda afirmar que existe un interés de la comunidad al disfrute no condicionado a determinados bienes. Este interés protegido, aunque es posible, se encuentra difuminado, de modo que la atomización del tipo pone en tela de juicio la técnica legislativa empleada.

En realidad, por tanto, lo que estaría protegido, en definitiva, aunque sin perder el punto de referencia de la función social a que nos referimos, sería el contenido de las normas administrativas en la materia, ante la remisión normativa de la ley penal. Si el bien jurídico es más bien la promoción del contenido social, éste se delimita mediante ciertas disposiciones normativas, reglamentarias y de planificación. El afirmar que el contenido del bien jurídico es la promoción del contenido social de la propiedad, sería afirmar que lo protegido sería la acción de las Administraciones públicas, sobre las bases de la ley, limitando este derecho a favor de la colectividad, o sea, el contenido de las disposiciones en la materia.

GÓMEZ TOMILLO, sin embargo, va a matizar que el bien jurídico protegido no es exactamente el contenido de la normativa de ordenación del territorio y urbanismo, la cual existe de forma independiente de la verificación de comportamientos infractores, sino, más bien, la adecuación a tal normativa de las conductas desarrolladas por los agentes que intervienen en la conformación del territorio y el urbanismo, la legalidad de sus actuaciones. De esta forma, GÓMEZ TOMILLO concluye, con lo anteriormente expuesto, que frente a la idea de que

---

<sup>182</sup> Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 304.

estamos ante delitos de peligro abstracto, estaríamos más bien ante auténticos delitos de lesión<sup>183</sup>, tema que posteriormente abordaremos.

Otro sector doctrinal, aun dudando de la utilización de la vía penal en la esfera urbanística, considera que en ésta se tutela la correcta ordenación del territorio, evitándose abusos que afectan a los intereses generales, disfrute de zonas verdes, tráfico rodado, etc...<sup>184</sup>. El contenido del bien jurídico, desde esta perspectiva, y como ya expresamos, comprendería: a) la ordenación racional del territorio, b) el adecuado reparto y distribución del suelo en función de sus diversos usos, c) todo ello, en cuanto elemento integrante de los complejos sistemas sociales en los que vivimos actualmente, operando, asimismo, factores indispensables para el adecuado funcionamiento de estos, y con el fin de facilitar la participación pacífica de los ciudadanos en dichos sistemas, para lograr la satisfacción de sus necesidades existenciales y humanas<sup>185</sup>.

El legislador penal no expresa, de ninguna manera, de modo taxativo, el núcleo de la conducta prohibida, pues tales conductas no proporcionan dato material alguno sobre el riesgo penalmente desaprobado. La asunción de límites/garantías del Derecho Penal, el cual reclama que el núcleo del tipo se encuentre determinado, desde la perspectiva clásica de la doctrina de la imputación típica de un resultado lesivo de la conducta, se encuentra constituida por la descripción de una conducta que conlleva un riesgo para el bien jurídico<sup>186</sup>. Y respecto a la normativa extrapenal -en este caso, la que establece las clases del suelo y las posibilidades que ofrecen las limitaciones de actuación sobre los mismos-, a ella le correspondería, dentro de un tipo penal, la especificación de medios, tipos o formas que conectan la conducta y el bien jurídico. Parece algo simplista estimar en extremo completado el contenido material de la antijuridicidad, cuando simplemente se viola la normativa reguladora

---

<sup>183</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M.: “El estado actual de la discusión entorno a los delitos sobre la ordenación del territorio (I): la construcción y edificación ilegal”, *op.cit.*, págs. 18 y 19.

<sup>184</sup> Cfr. VERCHER NOGUERA, A.: “La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio”, en *La Ley*, núm. 4218, 1997, pág. 638.

<sup>185</sup> Cfr., en este sentido, BARRIENTOS PACHO, J.M.: *Delitos relativos a la ordenación del territorio*, en *La Ley*, núm. 4172, 1996, pág. 3.

<sup>186</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Fco.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 18ª ed., 2010, pág. 569.

de la ordenación del territorio<sup>187</sup>. Respecto a los usos del suelo, las normas administrativas concretan la función pública urbanística encomendada constitucionalmente a la Administración, y cuya contravención podrá implicar una lesión material de los intereses humanos a los que aspira la ordenación del territorio y el urbanismo, que, en su caso, van a ser defendidos por un Derecho Penal que habrá de ser respetuoso con la normativa administrativa. De forma evidente, los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, vienen a ser más bien ilícitos de desobediencia, sancionatorios, orientados más a la protección y controles administrativos preexistentes, que a la del propio injusto criminal.

Pero volviendo a referirnos a la esencia de la tesis material, o mejor a sus límites o última fundamentación, lo que hay que procurar, según MUÑOZ CONDE, es que la intervención del Derecho Penal en todos los sectores a que se refiere el Título XVI del Código Penal, pero especialmente en los mencionados en el Capítulo I, en los que la configuración formalista de algunos tipos, como el 319.2 del Código Penal, dificultan una interpretación material del bien jurídico, esté justificada por la gravedad y entidad del daño producido, lo cual se ve con gran claridad en las referencias que se hacen en el artículo 319 del Código Penal, al valor paisajístico, histórico o cultural de determinados lugares<sup>188</sup>. Prevalece en este caso la dimensión material del bien jurídico protegido que se proyecta en el valor ordenación del territorio, teniendo en cuenta que, según la constitución el suelo, se ha de utilizar de manera racional, ya que se dirige a los intereses sociales y está supeditado a las conductas más graves que originan consecuencias negativas para la ordenación del territorio, siempre sobre la base del respeto y mejora de la calidad de vida de los seres humanos y de su hábitat. Ello se relaciona con el medio ambiente y patrimonio histórico, pero con autonomía en su protección concreta<sup>189</sup>.

Constituyó, así, un apoyo clave en sentido material del bien jurídico protegido la STC 24/2004 de 24 de febrero, que marca dicho planteamiento general,

---

<sup>187</sup> Vid. VERCHER NOGUERA, A.: “La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio”, op.cit., págs. 638 y ss.

<sup>188</sup> MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, op. cit., págs. 569 y 570.

<sup>189</sup> En este sentido, además de las autores citados, vid. las SSAP de Baleares de 14 de junio de 2003, de León de 10 de julio de 2010, de Córdoba de 3 de noviembre de 2004, de Castellón de 21 de mayo de 2005, de Madrid de 27 de octubre de 2005, de Cádiz de 5 de febrero de 2008, de Córdoba 22 de mayo de 2009.

indicando: “...no puede suponer la creación de un ilícito meramente formal que penalice el incumplimiento de una prohibición administrativa, sino que ha de atender a la protección de un bien jurídico protegido frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva del mismo. Y, además, la delimitación del ámbito de lo punible no puede prescindir del hecho de que la infracción penal coexiste con una serie de infracciones administrativas que ya otorgan dicha protección, por lo que en virtud del carácter de *última ratio* que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables, debiendo acudir en los demás supuestos al Derecho Administrativo sancionador, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado”.

Debemos considerar, no obstante, que la legislación penal urbanística, que ha sido configurada en el vigente Código Penal, no pretende considerar infracción penal todas las infracciones que son consideradas más graves y que afectan al suelo, espacios comunes o bienes colectivos sometidos al interés social, que es el que le otorga la categoría de bien jurídico digno de protección a esos mencionados lugares, en relación a los cuales en ningún caso sería posible la libre actuación urbanística<sup>190</sup>. Quizás haya considerado la esencialidad, fragilidad y multifuncionalidad del suelo como recurso natural en este sentido y como base física de los asentamientos y actividades socioeconómicas del hombre; tras la concepción axiológica y político criminal, ha llegado después la incriminación de las conductas del Código Penal (cuando se trata de las infracciones más graves que pueden cometerse) más allá de la consideración instrumental -alejada del principio de intervención mínima- del Derecho Penal como consecuencia del fracaso del Derecho Administrativo y sobre todo, por la dinámica de las relaciones jurídicas y extrajurídicas de los agentes presentes en las últimas décadas. Sólo podemos utilizar el Derecho Penal, puesto que no es una solución ante el fracaso de otras ramas del Derecho, como la última medida de protección de bienes jurídicos de especial notoriedad. En este sentido, aún cuando generalmente coincidirá la infracción de legalidad urbanística con la lesión

---

<sup>190</sup> Cfr. en este sentido, BERNAL DEL CASTILLO, J., “Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3, (1999), págs. 28 y ss.

del bien jurídico, en la interpretación del tipo no debe de olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuridicidad material, aplicando en su caso los principios de “insignificancia” o de “intervención mínima”, cuando no se aprecia afectación del bien jurídico tutelado, así como el principio de proporcionalidad. Un tipo penal no puede ser un mero reforzamiento de la autoridad administrativa, sin contenido material de antijuridicidad<sup>191</sup>. Con base en estas ideas, debemos insistir en que el fracaso de la legislación administrativa constituye el punto de partida de los intereses que justifican la protección de un bien jurídico con un indiscutible contenido material.

#### **4. El bien jurídico protegido a juicio de la jurisprudencia.**

El Tribunal Supremo, en línea con lo señalado anteriormente, y tras una importante evolución en sus planteamientos, a que aludiremos con posterioridad, va a venir a reconocer, palmariamente, la evidente necesidad de aplicación del Derecho Penal como *última ratio*, ante la inoperancia de la disciplina administrativa en el ámbito urbanístico.

En concreto, la Sentencia 1127/2009, de 27 de noviembre va a pronunciarse sobre los recursos presentados por el ex alcalde del municipio de Andratx (Mallorca) y el resto de implicados en la construcción de una vivienda unifamiliar en un terreno rústico protegido y declarado como Área Rural de Interés Paisajístico. El chalet había sido construido con la licencia obtenida para la construcción de un almacén agrícola, y ello a través de una serie de informes y resoluciones ilegales. La Audiencia Provincial dictó sentencia condenatoria por distintos delitos de prevaricación administrativa y contra la ordenación del territorio.

Dejando a un lado diversos planteamientos que indirectamente afectan a la aplicación de los tipos penales implicados, y centrando nuestra atención en el contenido esencial de la sentencia relativo a la necesidad de aplicación del Derecho

---

<sup>191</sup> MORALES PRATS, F., “Artículo 319 CP”, en Comentarios al Código Penal Español, QUINTERO OLIVARES, G (Dir.), op. cit., pág. 665.

Penal en casos de corrupción urbanística, debemos destacar cómo una de las alegaciones defendidas en el recurso de casación, va a consistir en la que se entiende como “aplicación indebida del Código Penal”, puesto que la infracción penal coexiste con las administrativas, debiendo atribuir la primera sólo a las conductas más graves, y según el alcalde, su actuación merece únicamente una sanción administrativa <sup>192</sup>.

Frente a la anterior alegación, el Tribunal Supremo va a considerar que la construcción realizada no supone una mera modificación del uso urbanístico, sino una lesión del bien jurídico protegido, por lo que unido a la situación urbanística en la que se encuentra España y a la inoperancia de la disciplina administrativa, justifica que se acuda al Derecho Penal como última ratio.

Y va a añadir, además, de forma rotunda, que la comunidad de ciudadanos es víctima de los despropósitos urbanísticos, haciendo hincapié en que la gravedad de la culpabilidad del alcalde queda de manifiesto por su continuado e insistente desprecio por la legalidad.

La Sentencia viene, pues, a reconocer que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado a una desastrosa situación respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajística, lo cual justifica el acudir al Derecho Penal. Y en buena parte la profunda lesión al bien jurídico trae causa del efecto acumulativo provocado por un conjunto de transgresiones. No cabe, pues, duda de que el hecho enjuiciado afecta al bien jurídico tutelado penalmente.

Por otra parte, y en otra alegación, se insiste en que la construcción por su proximidad a zonas de nula o menor protección y por la proximidad a las características de lo construible no supone un quebranto del bien jurídico protegido penalmente. Esta consideración, según el Tribunal Supremo, implicaría, por un lado,

---

<sup>192</sup> Cita en su defensa las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2006 y 23 de mayo de 2005, añadiendo que la construcción realizada sólo supuso una modificación de su uso, porque, de acuerdo con la normativa urbanística, podía levantarse sobre el suelo una edificación destinada a uso agrícola, que por su ubicación y volumen no diferiría de la litigiosa, “de manera que la construcción realizada no supone una lesión del bien jurídico protegido que le haga merecer reproche penal”.

la instauración de una manifiesta inseguridad jurídica acerca de la norma complementaria y consiguientemente respecto a la norma en blanco, y, de otro lado, ignoraría que en la paisajística, la perspectiva es un elemento esencial; en suma, el desconocer este elemento, es lo que ha llevado a la “situación desastrosa” de algunas partes de España en orden a la ordenación del territorio.

Y a mayor abundamiento, el Tribunal Supremo, que evidentemente declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos, va a recordar que la Audiencia apreció fundadamente cómo el expediente afectaba a normas de ordenación territorial, incluso urbanísticas, disimulando lo que realmente consistía en la edificación de una vivienda bajo la apariencia de que se trataba de una mera ampliación de construcción rústica; y que todo el expediente estaba impregnado de injusticia en una secuencia unitaria de informes y resolución, que infringía no sólo formalmente las normas aplicables, sino también el valor “ordenación del territorio”, vinculado al artículo 45 de la Constitución.

Ciertamente, la contundencia de los pronunciamientos contenidos en esta sentencia, acerca esencialmente de la necesaria intervención del Derecho Penal ante la inoperancia de la disciplina administrativa en el ámbito urbanístico, va a considerarse como “innovadora”, desplegando importantes consecuencias sobre la actual configuración de los delitos sobre la ordenación del territorio.

Así, y a título de simples ejemplos, el Tribunal Supremo se va a pronunciar muy claramente sobre el necesario entendimiento de la figura del “promotor” en el sentido corriente, y no ya como vocablo técnico, tal como venía manifestando ya la misma Sala <sup>193</sup>; el hecho de que la aplicación del artículo 319 junto al 320 no encierra colisión con el principio non bis in idem, por cuanto no se da coincidencia total de “desvalores” en bienes jurídicos protegidos, y tampoco se trata de mera progresión en el ataque a un solo y mismo bien penalmente tutelado; o la constatación de que con la sanción penal a la prevaricación urbanística no sólo se

---

<sup>193</sup> Así, la Sentencia de 14 de mayo de 2003, citando la de 26 de mayo de 2001, ya indicaba 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”.

trata de proteger la ordenación del territorio, sino también la Administración pública como en toda prevaricación administrativa. Y asimismo, se pronuncia sobre los componentes subjetivos del tipo -autoría y cooperación necesaria-, y la agravante de prevalimiento del carácter público del sujeto activo.

Se podría afirmar, en suma, que la Sentencia 1127/2009, del Tribunal Supremo constituye un hito esencial en la evolución jurisprudencial respecto a la aplicación de los tipos de los delitos urbanísticos, viniendo a reconocer expresamente la inoperancia de la disciplina urbanística administrativa para evitar graves supuestos de lesión a bienes constitucionalmente dignos de protección. Y ello, evidentemente, va a suponer una clara apuesta por el mantenimiento, y en su caso, perfeccionamiento de la configuración jurídica de estos tipos penales, para lo que, como va a derivar asimismo de la necesaria, aunque breve, alusión a la evolución jurisprudencial de los últimos años, será necesario el expreso reconocimiento de la realidad urbanística que vivimos, con abundantes supuestos de corrupción, que en modo alguno pueden verse atenuados en su rechazo social, por una disciplina urbanística que en muchos casos resulta a todas luces insuficiente.

Es preciso reconocer que la evolución de la jurisprudencia en relación a los delitos urbanísticos ha resultado, en gran medida, condicionada, como venimos diciendo, respecto a su relevancia, o mejor, respecto a la efectiva aplicación de los mismos, por la toma en consideración del principio de intervención mínima del Derecho Penal<sup>194</sup>. De ahí, precisamente, la transcendencia de la Sentencia 1127/2009, de 27 de noviembre, del Tribunal Supremo, a que nos acabamos de referir.

Desde un primer momento, sin embargo, la jurisprudencia emanada de algunas Audiencias Provinciales conectará el bien jurídico protegido de estos delitos con los preceptos constitucionales a que anteriormente aludimos. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 4 de enero de 1999<sup>195</sup> concluye que el bien

---

<sup>194</sup> Vid., en este sentido, DÍAZ MANZANERA, J. L: “El delito urbanístico en la jurisprudencia reciente”, *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 50, 2008, págs. 4-5.

<sup>195</sup> Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi de las Audiencias Provinciales (ARP 1999/744).

jurídico protegido sería la ordenación racional del suelo orientada a los intereses generales (artículos 45 y 47 de la Constitución). Y en otra Sentencia, de esta misma Audiencia, de 10 de enero de 2000<sup>196</sup>, se va a disponer que el delito urbanístico protege lo que anteriormente era protegido por la normativa administrativa, o sea, la ordenación del territorio, siendo tipificadas, asimismo, las acciones que perjudican la regulación del suelo gravemente, ocasionando efectos perturbadores y nocivos.

El bien jurídico protegido no es tanto la normativa urbanística, como el valor material de la ordenación del territorio en el sentido constitucional de la “utilización racional del suelo orientada a los intereses generales”<sup>197</sup>. El precepto constitucional castiga las conductas objetivamente más graves y dañosas para la ordenación territorial, coincidiendo con las actividades urbanísticas que, incluso en su promoción, requieren un gran potencial económico y cierta dedicación profesional. Y en este sentido, se viene a reconocer que existe en el legislador la voluntad político-criminal de restringir los sujetos punibles.

Realmente, hasta el Código Penal de 1995, las infracciones contra la ordenación del suelo o contra la disciplina urbanística solo se sancionaban administrativamente. La protección penal de la ordenación del territorio se va a justificar por el perjuicio grave a la regulación del suelo con efectos perturbadores y nocivos para la naturaleza. Y se viene así a entender, en estos primeros momentos de aplicación de los tipos penales de estos delitos, que difícilmente se puede vulnerar la regulación urbanística del suelo en el sentido apuntado, mediante la mera acción aislada de una persona que no se dedique personal y habitualmente a la función de la construcción. De este modo, la sanción penal estaría reservada a las acciones graves y dañosas para la ordenación territorial, implicando la existencia de actividades urbanísticas que, incluso en su promoción, requieren habitualidad o dedicación profesional<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> ARP 2000/1991

<sup>197</sup> Cfr. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 17 de febrero de 2000 (ARP 2000/1395)

<sup>198</sup> Cfr. en este sentido las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 22 de diciembre de 1998 (ARP 1998/5831), de 7 de junio de 1999 (ARP1999/3555) y 23 de febrero de 2000 (ARP 2000/722).

La filosofía de castigar las conductas más graves y dañosas para la ordenación territorial derivará del precepto constitucional<sup>199</sup>. El principio de intervención mínima del Derecho Penal, abonaba, pues, la tesis propugnada por esta Sala, frente a posturas que abogaban por un criterio más amplio y flexible, y que conllevaría una interpretación extensiva del precepto, que resultaría poco congruente con el principio de taxatividad de los tipos penales.

Con base en la anterior jurisprudencia, autores como BLANCO LOZANO, van a defender que no se puede realizar una interpretación extensiva de las expresiones relativas al sujeto activo del delito que atienda a la doctrina, jurisprudencia y normativa administrativas. Los conceptos relativos al sujeto activo del delito se habrían de interpretar autónomamente por los órganos jurisdiccionales penales, que restringen el criterio interpretativo, atendiendo al principio de intervención mínima. Las normas penales habrán de ser objeto de una interpretación estricta, no extensiva<sup>200</sup>.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Palencia, en Sentencia de 14 de marzo de 2000<sup>201</sup> va a afirmar que lo que se pretende es castigar las violaciones o ataques más graves al suelo o a espacios comunes, o a bienes jurídicos colectivos que se hayan sometido al interés social. Se respetaría, así, la “última ratio del Derecho Penal”, y consecuentemente, el ámbito propio del Derecho Administrativo sancionador. Y en este sentido, la Audiencia Provincial de Cádiz, en Sentencia de 9 de febrero de 2000<sup>202</sup>, va a afirmar que quien por sí mismo realiza para su propio uso “una obra como la anteriormente descrita”, la escasa gravedad del daño a la

---

<sup>199</sup> La Sentencia de la A .P. de Cádiz, de 17 de febrero de 2000 (ARP 2000/1395) manifestaba que se prevén sanciones penales para aquellos supuestos que se consideran los más graves de violación de la utilización racional de los recursos naturales. Un Auto de la A .P. de Ciudad Real, de 10 de diciembre de 2002, planteó cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 319.2 C. P, afirmando que las medidas administrativas sancionadoras serían suficientes para restaurar el orden urbanístico, y se considera la sanción penal desproporcionada ante conductas de menor gravedad. Y en este sentido se manifestaron las Sentencias de la AP de Ciudad Real de 17 de octubre y 25 de noviembre de 2005, y la de Madrid, de 14 de septiembre de 2005, añadiendo esta última que la infracción administrativa “menos grave” no puede ser delito.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 24 de febrero de 2004, establece que se deben excluir los ilícitos penales meramente formales, incluyendo sólo los más graves e intolerables, pues de lo contrario, la sanción penal sería innecesaria y desproporcionada.

<sup>200</sup> Cfr. BLANCO LOZANO, C.: El delito urbanístico, Montecorvo, Madrid, 2001, págs 196-197.

<sup>201</sup> ARP 2000/91.

<sup>202</sup> ARP 2000/695.

ordenación del territorio, que constituye el bien jurídico protegido por la norma, hace que la acción se mantenga al margen del precepto penal, y que quede relegada a una simple infracción administrativa, sancionable incluso con la demolición de lo que se haya construido, dentro de su correspondiente procedimiento.

El Tribunal Supremo, por su parte, también en un primer momento adopta una posición de excesiva cautela en la aplicación de los tipos penales relativos a la ordenación del territorio. Y en concreto, en relación al artículo 319.2, va a afirmar que podría darse la prevaricación especial, aunque aplicando, en su caso, los criterios de “insignificancia o de intervención mínima, cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado, así como el principio de proporcionalidad<sup>203</sup>.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 363/2006, de 28 de marzo<sup>204</sup> va a avanzar en el sentido de la mayor necesidad de intervención del Derecho Penal, afirmando que “...la propia actuación sancionadora de la Administración ha resultado ineficaz al no haber podido asegurar la vigencia del ordenamiento en esta materia, ha llevado al legislador a la creación de estos tipos penales que se contraen básicamente al castigo de las edificaciones sin licencia, en el artículo 319, y a la prevaricación en el artículo 320 del Código Penal”...añadiendo que lo que se pretende tutelar es el valor de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de “utilización racional del suelo orientada a los intereses generales” (artículos 45 y 47 de la Constitución). Y consecuentemente, y aquí es donde encontramos un importante cambio de orientación respecto a la doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales, una cosa es que la tipificación de estos delitos presuponga que sólo se castiguen las conductas más graves entre la disciplina urbanística, contenidas en la normativa de ordenación del territorio, y otra, completamente distinta, es que la interpretación de los artículos 319 y 320 haya de hacerse sistemáticamente bajo la suposición prioritaria del principio de intervención mínima, una vez constatados los elementos constitutivos del tipo penal.

---

<sup>203</sup> Sentencia de 28 de marzo de 2006 Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2007/1848. Cfr., especialmente, el Fundamento Jurídico II de esta Sentencia.

<sup>204</sup> R JA 2007/1848.

Más recientemente, el Tribunal Supremo (Sala II de lo Penal), en Sentencia 335/2009, de 6 de abril, va a reconocer expresamente que “en el Derecho actual nadie pone en duda que las leyes relativas a esta materia (ordenación del territorio) respondan a una necesidad de los tiempos que vivimos, pues no sería concebible hoy un Estado de Derecho en el que estuviera permitido que cualquiera pudiera construir o realizar obras en cualquier clase de terreno conforme a su sola voluntad. El respeto de esas normas se encuentra en la línea de unos intereses públicos que han de tener prioridad sobre los meramente privados”<sup>205</sup>.

La Sentencia 1127/2009, de 27 de noviembre, y en esta misma línea, va a justificar plenamente la aplicación del Derecho Penal como “última ratio”, ante la inoperancia de la disciplina administrativa en el ámbito urbanístico, expresando literalmente que “a pesar de la normativa legal y administrativa existente, en nuestro país se ha llegado a una situación desastrosa en la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajística”.

Así pues, y reconociendo palmariamente los grados a los que ha llegado la corrupción urbanística, con flagrante vulneración de la disciplina administrativa, se va a hacer absolutamente necesaria una aplicación del Derecho Penal en este ámbito que habrá de conducir a una interpretación de los tipos penales, en gran medida alejada de los más estrictos parámetros que conlleva el principio de intervención mínima. De esta forma, atendiendo a la realidad social, y siempre teniendo presente la necesaria preservación de los valores protegidos por la propia Constitución, se habrá de seguir el camino marcado por la Sentencia 1127/2009, que permita coadyuvar en la erradicación de la corrupción urbanística.

Respecto a las distintas tesis en relación al bien jurídico protegido, debemos destacar la clara opción del Tribunal Constitucional a favor de la tesis material, cuando en su Sentencia 24/2004, de 24 de febrero, va a afirmar literalmente, en

---

<sup>205</sup> Y añade el Tribunal Supremo: “La conducta de los dos acusados, consistente en ocupar un lugar destinado al disfrute público por los ciudadanos, mediante la construcción, en una zona verde y además de dominio público, de dos piscinas e instalaciones anexas, algo tan evidente que nadie se atreve aquí a negar, no es sólo un atentado formal contra unas disposiciones jurídicas, las normas sobre ordenación urbana, sino algo con un contenido lesivo para un bien jurídico protegido tan importante que ha sido digno de atención por parte del legislador penal”.

relación al tipo penal, que "...no puede suponer la creación de un ilícito meramente formal que penalice el incumplimiento de una prohibición administrativa, sino que ha de atender a la protección de un bien jurídico frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo. Y además, la delimitación del ámbito de lo punible no puede prescindir del hecho de que la infracción penal coexiste con una serie de infracciones administrativas que ya otorgan esa protección, por lo que en virtud del carácter de *última ratio* que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables, debiendo acudir en los demás supuestos al Derecho Administrativo sancionador, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado".

## **VI. POSICIÓN PERSONAL.**

Consideramos, en definitiva, y tras analizar las distintas posturas doctrinales y la clara posición jurisprudencial, en relación al bien jurídico protegido en el artículo 319 del Código Penal, que debemos partir del hecho de que nos encontramos ante un bien jurídico de titularidad colectiva, como se expuso al analizar, especialmente, el artículo 47 de la Constitución española. Recurriendo a la terminología del interés difuso, este bien jurídico -"ordenación del territorio y urbanismo"- es un bien público de una importante relevancia social y en el cual están interesados todos los núcleos de la población. Ello supone una dificultad, a la hora de concretarlo y definirlo.

Frente a las concepciones más formalistas, que tan sólo se centran en el incumplimiento de determinadas normas administrativas, me adhiero al posicionamiento doctrinal que aboga por la concepción material del objeto tutelado por el artículo 319 del Código Penal.

Más en concreto, considero que el bien jurídico protegido en este ámbito está constituido por el urbanismo, entendido como aquel sector de la ordenación del territorio que cumple como funciones la creación, mantenimiento y mejora de los núcleos de población; la ordenación y gestión jurídica de las actividades de

planeamiento territorial; el régimen del suelo, la ejecución de construcciones y edificaciones..., pero todo ello, con la finalidad específica del cumplimiento de una clara función social. Y ello, con independencia de que los deberes que puedan llevar aparejada la sanción penal, sean de acción o de omisión, como ya indicamos.

El reenvío de la norma penal en blanco a la normativa urbanística, debe conectarse siempre con los intereses colectivos más relevantes, que son los que constituyen el auténtico objeto de protección. Lejos de conductas excesivamente concretas, que pudieran tener escasa relevancia social, el bien jurídico debe conectarse, en estos “delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, con las funciones sociales del urbanismo, y que se pueden referir tanto a bienes privados como públicos, siendo determinante la gravedad de la conducta. De ahí también la importancia del restablecimiento de la legalidad urbanística, a que implícitamente se refieren los artículos 339 y 340 del Código Penal, disposiciones comunes a las que en su momento aludimos.

En suma, y sin perjuicio de la delimitación formal del bien jurídico, debemos entender que el objeto de protección en el artículo 319 del Código Penal sería la “ordenación del territorio y el urbanismo”, entendidos como el adecuado aprovechamiento del suelo en el sentido del interés general, que se va a plasmar en la planificación urbanística. El bien jurídico-penal “urbanismo”, en última instancia, vendría a proteger la calidad de vida en relación con el hábitat territorial.

El bien jurídico ha de ser protegido en sentido material, estando fundamentado en valores comunitarios. Debe atender estrictamente a la *última ratio* del Derecho Penal y configurarse sobre las exigencias de empleo racional del suelo, calidad de vida, hábitat humano y de la solidaridad colectiva. Si no se parte de estas premisas, se deberá dejar a un lado el ámbito punitivo y situarse en el ámbito del Derecho urbanístico administrativo. Es obvio, que debemos comprobar si las tipologías que el legislador español describe en el Título XVI del Texto punitivo, y en particular las relativas al artículo 319, responden a la realidad o están situadas en un expansionismo desorbitado y en definitiva vienen a ser desproporcionadas.

En definitiva, y como ya hemos manifestado, la remisión a la normativa administrativa que implica la interpretación y aplicación de los delitos contemplados en el artículo 319, sólo puede tener un sentido puramente instrumental, que va a concretar el ámbito de aplicación en el que el bien jurídico reside y a cuya realización se orientan dichas normas.

## VII. NATURALEZA: DELITOS DE LESIÓN O PELIGRO

Una vez determinado el bien jurídico protegido, atendiendo fundamentalmente a la tesis material, con sólido apoyo en la jurisprudencia constitucional, podemos examinar la naturaleza de los delitos contemplados en el artículo 319 del Código Penal, y más en concreto, referirnos a su posible consideración como delitos de peligro o de lesión.

El Código Penal no alude, en ningún momento, en relación a los delitos urbanísticos, a situaciones de peligro concreto para un bien jurídico. La doctrina mayoritaria se refiere a que dicha alternativa sólo se plantea en situaciones de peligro abstracto, distinguiendo, a su vez, el peligro abstracto puro y el peligro hipotético de aptitud, más la ausencia de peligro abstracto. Esta exposición resulta insuficiente para descartar la lesión del bien jurídico. Compartimos aquí, la opinión de MORILLAS CUEVA, en el sentido de que, como criterio general, resulta defectuosa la incorporación de la incriminación de las conductas que suponen un peligro abstracto para un determinado bien jurídico, ensanchando innecesariamente el ámbito punitivo<sup>206</sup>. No obstante, se ha admitido que el desvalor de resultado no se vincula con el resultado material y que no existe la misión de la configuración típica de estos delitos de incorporar la lesión del bien jurídico; por el contrario, se concibe aquel desde un punto de vista normativo, que se deduce del contenido material del injusto de las conductas tipificadas<sup>207</sup>. Si al bien jurídico se atribuyen las funciones sociales del suelo, en opinión de BOLDOVA PASAMAR, y no a la normativa administrativa que lo regula, el problema de la afección al bien jurídico

---

<sup>206</sup> Cfr. MORILLAS CUEVA, L.: “Protección penal del agua (1)”, op.cit., pág. 63.

<sup>207</sup> Vid. GORRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio..., op.cit., págs. 840 y ss.

se presenta en términos de lesión y no de peligro<sup>208</sup>. Partiendo de esta opinión, se llegaría a la utilización en último término del Derecho Penal como *última ratio* del ordenamiento jurídico, los delitos urbanísticos se verán como de lesión del bien jurídico, debido a que el valor del suelo como colectivo, que se ve afectado por la conducta típica, resulta menoscabado. La construcción en viales o zonas verdes, como ejemplo, impide ejercer en dichos suelos los derechos públicos de uso y disfrute, de los que todos somos titulares.

La urbanización, edificación o construcción no autorizable en suelo no urbanizable, obstaculiza la función social de suelos colindantes del terreno en el que se edifica y su valor social, ganadero, agrícola o forestal, aunque se trate de una propiedad privada, en la medida en que en ese caso posee una asignada función social. La vinculación de dicho bien jurídico con los individuales es inmediata o indirecta. Se hace con la finalidad del uso y disfrute por la sociedad de un medio físico y urbano en que dicha sociedad actúa como sujeto pasivo, como *ratio legis* para el bienestar de las personas.

Lo anteriormente expuesto no significa que el bien jurídico protegido tenga un carácter intermedio y sea un simple instrumento destinado a la protección de bienes jurídicos individuales, ni de lesión, ni tampoco de peligro. Afecta a los derechos colectivos antes que a los individuales. No se hace referencia a los efectos que las conductas urbanísticas producen en bienes jurídicos individuales, ni de lesión, ni de peligro. La desconexión con dichos bienes es absoluta, por ello consideramos el bien jurídico protegido urbanístico en sí, autónomamente, distinguiéndolo de aquellos bienes jurídicos individuales con los que guarda relación solamente de forma mediata o indirecta<sup>209</sup>. La relación de estos delitos con el medio ambiente, hace considerar la teoría de la acumulación. Se puede justificar la naturaleza penal de la acción realizada cuando por sí sola es incapaz de lesionar el bien jurídico, pero formando un conjunto de acciones sí puede dar lugar a la mencionada lesión.

---

<sup>208</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A.: Los delitos urbanísticos, op.cit., pág. 96.

<sup>209</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A.: Los delitos urbanísticos, op.cit., pág. 97.

Dejamos aparte las críticas de los principios de proporcionalidad, culpabilidad y ofensividad, que no es susceptible de aplicación en el ámbito de los delitos medioambientales, considerados estos en un sentido amplio. Nos referimos a bienes jurídicos colectivos en los que el bien jurídico surge a partir de la suma de varios comportamientos en la misma dirección, a la extensión de los delitos urbanísticos.

La confrontación de los delitos urbanísticos con la teoría de la acumulación se emplea en dos sentidos diferentes. SILVA SANCHEZ critica el primero, estimando que estos delitos sólo presuponen un contenido material lesivo, al construirse únicamente sobre la infracción formal de las normas sobre autorizaciones o actos de autorización. Concluye, así, que el riesgo relevante de estos delitos urbanísticos, si se pretende obtener de modo directo del tenor literal de los tipos, no puede ser sino el propio de los delitos de acumulación. Estos delitos no ponen ni siquiera en peligro abstracto el bien jurídico, quedando alejados del Derecho Penal clásico<sup>210</sup>. MUÑOZ CONDE, por el contrario, en un intento de legitimar o explicar materialmente su existencia, va a afirmar que sancionar estos hechos, que de forma aislada son considerados de escasa entidad, se hace en función de la gravedad cumulativa, que se da cuando existen muchos<sup>211</sup>.

Ningún planteamiento de los delitos urbanísticos como de acumulación es convincente. SILVA SANCHEZ no está de acuerdo con las tipificaciones, tal y como se han plasmado en la Ley, no ve en ellas lesión o peligro de bien jurídico como desvalor jurídico penal. Para él, no es posible conceder autonomía al bien jurídico urbanístico. Caracteriza este autor el bien jurídico por la protección de las propiedades del suelo (en particular, las que inciden en la calidad de vida de las personas), que constituye el marco físico de la vida humana. La configuración típica del riesgo relevante adquiere, sin embargo, connotaciones formales, y las conductas materiales descritas no proporcionan dato material sobre la entidad del riesgo

---

<sup>210</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español”, *Actualidad Penal*, núm. 23, 1998, pág. 447.

<sup>211</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Fco.: *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., pág. 569. Comparten esta opinión, entre otros, MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 805 y SANTANA VEGA, D. M<sup>a</sup>. “Delitos urbanísticos...”, op. cit., pág. 356.

penalmente desaprobado. En una urbanización, edificación o construcción llama la atención el que no se vea dato material, o que afecte, éste, a las propiedades del suelo que se suprimen, en realidad todas, salvo las que sirven de soporte a la construcción o edificación<sup>212</sup>.

Frente a la opinión anterior, se ha afirmado que de la mera redacción gramatical del tipo es de donde se deriva la lesión del bien jurídico, es decir, del hecho material y demostrado, no presunto, de impedir a través de una urbanización, construcción o edificación típica a cualquier persona el uso legítimo de un lugar comunitario como una zona verde, por ejemplo (que no aprecia lesión o peligro para un bien jurídico) o cualquiera de los espacios o lugares a que alude el artículo 319 del Código Penal, lo que supone lesión suficientemente grave para que se pueda legitimar la acción penal. No es preciso demostrar este hecho, ya que es inherente al Derecho Urbanístico, desde el momento en que queda frustrado el uso social del suelo, coartando el libre desarrollo de las personas, al impedirles dicho uso social actual y futuro.

Se relacionan en la postura de SILVA SANCHEZ, las propiedades del suelo y medio ambiente en las que es difícil, según él, encontrar peligro o lesión del bien jurídico por el hecho de realizar las conductas descritas en el artículo 319 del Código Penal. El medio ambiente no es el bien jurídico protegido, ni mediata, ni inmediatamente, en estos delitos que tienen autonomía propia, conceptual y jurídica<sup>213</sup>, como tuvimos ocasión de indicar.

Partiendo de la definición de bien jurídico, entendido como el cumplimiento de la ordenación territorial legal o reglamentariamente establecida, hemos de constatar que, a mi entender, ésta no responde del todo a la regulación legal de los delitos urbanísticos, pues estos no se limitan a representar acciones peligrosas para el bien jurídico, sino de lesión del mismo, según la definición de partida. Los tipos del artículo 319 suponen el incumplimiento de las normas que disciplinan la ordenación territorial. No existe el problema de que una serie de acciones que, individualmente

---

<sup>212</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “¿Política criminal moderna?...”, op.cit., pág. 440.

<sup>213</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “¿Política criminal moderna?...”, op.cit., pág. 447.

consideradas, no serían peligrosas para el bien jurídico, pudieran serlo acumulativamente. Estaríamos hablando, si ello fuera así, de bienes jurídicos de primer grado (para hechos aislados) y segundo grado (para hechos acumulativos). Además, sería necesario concretar o atender a un lugar o paisaje determinado, porque si no estaríamos ante una dispersión. Algunas normas establecen prohibiciones a nuevas construcciones o edificaciones con la finalidad de evitar la formación de núcleos de población.

El artículo 319.2, entre otros supuestos típicos, obedece a la reacción *in extremis* del Ordenamiento jurídico ante la incapacidad de la Administración ante construcciones o edificaciones que no poseen orden urbanístico, ni control de tipo administrativo, y que devastan la geografía de la nación<sup>214</sup>. Si se tratase, y como ejemplo, y respecto al 319.1, de una construcción no autorizable en zona de dominio público o que afecte a viales o zonas verdes, tan sólo bastaría una mera construcción para menoscabar la función social de este tipo de suelo, y mucho más si se trata de una edificación con valor histórico o artístico. Para BOLDOVA PASAMAR, estos supuestos no representan peligro abstracto o presunto de contaminación medioambiental de suelos o lugares, siendo impropio hablar aquí de la contaminación urbanística<sup>215</sup>.

La acumulación se produce cuando la Administración no ha actuado con diligencia o no ha utilizado sus mecanismos sancionadores, por lo que lo penal no podrá solucionar los problemas que la Administración no ha solucionado, aunque supone un refuerzo de la normativa administrativa. Entonces, la Administración se ha de hacer cargo. Estaríamos ante la acumulación, que no añade nada a la afección del bien jurídico, sino que es un indicio de que el Derecho Penal no puede hacer reversible la situación y se requiere dar carta de naturaleza a la realidad, modificando la clasificación urbanística del suelo<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> Cfr. VERCHER NOGUERA, A.: “Constructores, promotores y técnicos directores en los delitos contra la ordenación del territorio a la luz de la reciente jurisprudencia penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 357, 1998, pág. 3.

<sup>215</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A.: *Los delitos urbanísticos*, op.cit., pág. 102.

<sup>216</sup> Habrá que estar a los diferentes conceptos urbanísticos de clasificación del suelo, cuya definición realizaban los arts.8 (suelo urbano), 9 (no urbanizable) y 10 (urbanizable) de la Ley del Suelo de 1998. Cfr. los art. 11 y ss de la vigente Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo.

Se reconoce, pues, que la estructura de los delitos urbanísticos y los medioambientales difiere en la legislación penal. Los primeros son de lesión y los segundos de peligro. Los primeros son considerados de simple actividad y resultado; y los segundos, aunque sean de peligro para el bien jurídico, precisan causación de resultado externo que recae sobre el objeto material de la acción y genera una situación típica de peligro para el bien jurídico. Las diferencias en la estructura de los comportamientos típicos y el bien jurídico protegido son insuperables, debido a que la actividad de urbanizar, construir o edificar como resultado de un objeto adherido al suelo de forma permanente o que se puede derribar, constituye el objeto más amplio de los delitos medioambientales y puede desaparecer con el tiempo sin menoscabar los sistemas medioambientales, lo cual contribuiría a lesionar el bien jurídico.

Dependiendo de la amplitud del bien jurídico, los tipos penales concretarán en mayor o menor medida el grado de ofensa. De esta forma, si se entiende que el bien jurídico es el ambiente de manera independiente al suelo sobre el que se lleven a cabo las infracciones urbanísticas, la construcción no autorizable (en un centro histórico, como ejemplo), no podría ponerla en peligro. Si se identificara sin embargo con un bien jurídico más concreto, no se podría impedir que los tipos penales que dispongan de tutela sean considerados delitos de lesión<sup>217</sup>.

Por supuesto, si se entendiese la ordenación del territorio y el urbanismo, tan sólo en el sentido de función pública, con la finalidad de corregir los desequilibrios territoriales, o en el más amplio sentido espacial de la política económica, cultural y ecológica de la sociedad, como mantenían algunos autores a que anteriormente nos referíamos, estos delitos serían de peligro, no de lesión. La ordenación del territorio, dada su amplitud conceptual, no podría llegar a lesionarse. Se trataría de delitos puros de peligro abstracto donde sería precisa la realización de urbanizaciones, edificaciones o construcciones en un espacio físico determinado, para poder hablar realmente de una puesta en peligro o una lesión. De ahí la importancia de la concreción del bien jurídico protegido, partiendo de los vigentes tipos penales, para

---

<sup>217</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., Delitos urbanísticos, op. cit., pág 220.

considerar, efectivamente, que estamos ante delitos con un resultado de lesión o de peligro concreto.

Este tipo de delitos presentan una categoría en sentido impropio, que puede consistir en una lesión. Como suscribió MEZGER, no cabe sostener que son ilícitos puramente formales, pues resulta desafortunada la equiparación de los delitos de resultado a los delitos materiales y de los delitos de simple actividad a los delitos formales porque, en ambos casos se producen ataques materiales a los bienes jurídicos<sup>218</sup>.

En definitiva, la acción típica del artículo 319 debe entenderse verificada por la mera realización de la actividad de urbanizar, construir o edificar sin que sea autorizable, por lo tanto, en los casos en los que se termine una construcción evidentemente, se producirá un cambio en el mundo exterior<sup>219</sup>. Al no haberlo incluido el legislador como exigencia típica, dicho cambio no es el resultado típico del delito, pudiendo considerarse más como un resultado material de la acción<sup>220</sup>.

Dicha interpretación excluye la posibilidad de establecer el iter criminis en el momento de la tentativa -acabada e inacabada-, cuando se inician las acciones de construir y edificar, e impide establecer la consumación en el momento de establecer la conclusión de la construcción o edificio<sup>221</sup>. En el ámbito urbanístico, la Administración no sólo se limita a intervenir en este sentido, cuando la obra está terminada, sino que también los actos de construcción o edificación o los usos del suelo carentes de licencia podrían ser suspendidos mientras estuvieren en curso de ejecución, opinión que comparto con QUINTERO OLIVARES<sup>222</sup>, puesto que es

---

<sup>218</sup> MEZGER, W.: Tratado de Derecho Penal, tomo I, (revisado por RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A), Madrid, 1955.

<sup>219</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: El tipo de injusto en los delitos de mera actividad, Granada, 2000, op. cit., págs. 105,172 y 173.

<sup>220</sup> Por su parte, BLANCO LOZANO., considera que la construcción no autorizada sería el objeto material de la acción. Y lo diferencia de esta manera "...objeto material sobre el que recae la acción, que sería el suelo o bien sobre el que se ejecuta la construcción no autorizada". BLANCO LOZANO, C.: El delito urbanístico, Madrid, 2001, op. cit., pág. 114.

<sup>221</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la Ordenación del territorio, op. cit., pág. 842.

<sup>222</sup> G. QUINTERO OLIVARES, sostiene que en este sentido, el argumento lingüístico es débil y finaliza dicha conclusión, aludiendo a la especial dificultad en este sentido, ya que si acudimos al Derecho Administrativo para resolver este tema, tampoco podríamos solventar del todo este problema. Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: "Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la

importante tener en cuenta la actuación de la Administración en estos casos, en los cuales todavía no se ha cometido ningún delito relativo a la ordenación del territorio y el urbanismo. En este sentido GÓRRIZ ROYO, no considera que existan argumentos firmes para sostener que en aquel precepto se contienen delitos de resultado y concluye aludiendo a que el precepto penal no exige expresamente que la actividad de construir o edificar tenga un resultado típico diferenciado temporal y espacialmente de esa actividad e imputable a ella<sup>223</sup>.

La consumación de estos delitos se producirá cuando concurren los requisitos típicos, es decir, cuando se realicen las actividades de construcción o edificación en los suelos contenidos en el artículo 319 del Código Penal. Se trata de delitos permanentes<sup>224</sup>, puesto que en ellos la consumación se prolonga, desde que se da comienzo a los actos ejecutivos de la construcción o edificación hasta el momento en que ésta queda totalmente terminada<sup>225</sup>.

No se requiere la causalidad, como requisito típico, debido a que en estos delitos no se exige la producción de un resultado en sentido estricto<sup>226</sup>. La doctrina mayoritaria considera que en los delitos de mera actividad no se plantean los

---

Ordenación del Territorio.”, en *Las fronteras del Código Penal y el Derecho Administrativo Sancionador*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997, pág. 376.

<sup>223</sup> GÓRRIZ ROYO, E.. Protección penal de la Ordenación del territorio, op. cit., pág. 843.

<sup>224</sup> Como argumentan COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., estos delitos se caracterizan porque la consumación se prolonga en el tiempo, de manera que es posible hacer una distinción entre el inicio y la terminación o fin de la consumación. Cfr. COBO DEL ROSAL, M., /VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, 5ª Ed., Valencia, 1999, pág. 732.

<sup>225</sup> M. ACALE SÁNCHEZ opina que si se adelantara el proceso de la consumación, entendiéndose el momento de la consumación como consumación instantánea en los delitos de mera actividad, el autor del delito tendría privilegios, ya que puede ver prescrito el delito incluso antes de la finalización de la construcción. Si se retrasa la construcción al momento en que se terminan las obras, se podría considerar como una mera tentativa que supone ya la lesión del bien jurídico y no la mera puesta en peligro de éste. Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M.: *Delitos urbanísticos*, op. cit., pág. 316.

<sup>226</sup> Los problemas relativos al nexo causal en estos delitos de mera actividad, son constatados por RODRIGUEZ RAMOS, L.: “El “resultado” en la teoría jurídica del delito”, en *CPC.*, núm.1, 1977, pág.54. Además, M. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, T. S., ponen de manifiesto que en la teoría causal de la acción, es necesario el requisito de la acción de un resultado, op. cit., pág. 370. Por otra parte, E. GIMBERNAT ORDEIG delimita los supuestos en que habiéndose producido la lesión de un bien jurídico, se produce un problema causal, debido a dos cuestiones: el lazo material de la influencia objetiva, es decir, en una palabra, la causalidad de una acción en un resultado típico; pero al mismo tiempo, la exigencia de una relación causal entre la acción y el resultado no basta para hacer responsable por éste al autor; sino que también es preciso, en segundo lugar, que se haya actuado culpablemente. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1990, pág. 19.

problemas causales que se relacionan con la acción en los delitos de resultado<sup>227</sup>, no necesitando, en principio, la prueba de imputación objetiva si admitimos que se centran en verificar la relevancia típica en sentido estricto<sup>228</sup>. En los delitos de mera actividad la imputación de la lesión del bien jurídico, no se establece sobre la base de la constatación de una relación de causalidad, en este sentido, el criterio de la imputación no tiene relevancia<sup>229</sup>. En el Código Penal de 1995 y su reforma 5/2010 de 22 de junio se considera novedosa la cláusula genérica de comisión por omisión, que se encuentra establecida en el artículo 11 del Código Penal y que restringe el ámbito de aplicación de esta figura<sup>230</sup>. Sólo cabe, según en el artículo 11 párrafo primero, en los delitos y faltas que consistan en la producción de un “resultado”; por lo tanto, se interpreta que la comisión por omisión solamente cabría en los delitos en los que es posible una relación de causalidad<sup>231</sup>, no ocurriendo lo mismo en los delitos de mera actividad<sup>232</sup>.

Los legisladores italianos, peruano y brasileño, parten de la reconducción de la protección de la ordenación del territorio al interior del concepto de medio

---

<sup>227</sup> Respecto a esta concepción de la doctrina mayoritaria, cfr. ACALE SÁNCHEZ, M.: El tipo de injusto en los delitos de mera actividad, op. cit., pág. 254.

<sup>228</sup> P. LAURENZO COPELLO pone de manifiesto que para los que admiten la exigencia de la imputación objetiva, ésta aparece únicamente en los “delitos de resultado”, en El resultado en Derecho Penal, Valencia, 1992, pág. 20. A similar conclusión llega ACALE SÁNCHEZ, M., en El tipo de injusto en los delitos de mera actividad, op. cit., pág. 261 y ss. En este sentido, si entendemos la doctrina de la imputación objetiva como la superación de la sumisión a los dogmas causales, valorando dentro de dicha doctrina la relación de causalidad, entonces, la imputación objetiva también se daría como parte de los delitos de mera actividad. Por ejemplo, QUINTERO OLIVARES, G: / MORALES PRATS, F., /PRATS CANUT, M., en Derecho Penal. Parte General...op. cit., págs. 282 y 283. De la misma opinión es MIR PUIG, S., en Derecho Penal. Parte General., 4ª edición, Barcelona, 1996, pág., 263, marginal 64. Se critica además la doctrina de la imputación objetiva, por parte de VIVES ANTÓN, T. S., en Fundamentos del Sistema Penal, Valencia, 1996, págs. 305 a 310.

<sup>229</sup> Así, J.M. SILVA SÁNCHEZ considera que en estos de delitos de actividad, la lesión al bien jurídico viene establecida a partir de una relación de sentido entre la conducta y la lesión, produciéndose de manera directa. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: El delito de omisión. Concepto y sistema, Barcelona, 1986, pág. 351.

<sup>230</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: “Comentario al artículo 11”, en Comentarios al Código Penal de 1995, (coord. VIVES ANTÓN, T. S), volumen I, Valencia, 1996, pág. 85.

<sup>231</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “La regulación de la “comisión por omisión” (artículo 11)”, en El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona, 1997, págs. 58 a 60. El mismo autor, con anterioridad y acerca de los delitos de mera actividad, afirma que “...sólo son realizables por comisión” Y ello porque “...en ningún caso cabe que llegue a estimarse típica en el sentido de un delito de mera actividad la no realización de una prestación positiva de salvaguarda del bien jurídico en él protegido cuando éste se encuentre en peligro”. Cfr. El delito de omisión. Concepto y sistema, op. cit., págs. 355 y 356.

<sup>232</sup> El resultado del artículo 11 del Código Penal, según ACALE SÁNCHEZ, es del que carecen los delitos de mera actividad. Por ello, según esta autora, no cabe la comisión por omisión en los delitos de mera actividad. ACALE SÁNCHEZ, M., El tipo del injusto en los delitos de mera actividad, op. cit., pág. 250.

ambiente, pues éste tiene un significado expresivo del todo y comprensivo de aspectos naturales, culturales y urbanos hasta el punto de que el hombre se constituye en ambiente<sup>233</sup>. Esta concepción, si bien puede tener justificación y utilidad a los efectos de no considerar independientes completamente estos delitos, es inoperativa a la hora de construir los tipos penales como es sabido; a mayor amplitud del bien jurídico, mayor vaguedad de las conductas que les afectan y necesariamente producen la reproducción de los tipos penales a los delitos de peligro, con todas las dudas que sobre los mismos aparecen cuando se utilizan como forma de legitimar lo ilegítimo<sup>234</sup>.

En España existe un debate jurisprudencial tras la introducción en el Código Penal de los delitos urbanísticos al que en gran medida ya hicimos referencia. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 11 de septiembre de 1998 entendía que el bien jurídico protegido en el artículo 319 era la ordenación del territorio, entendida -desde un punto de vista material- como el mismo medio ambiente en su aspecto referido a la ordenación del territorio y el cuidado del suelo no urbanizable por su destino especial.

No obstante la Sentencia de esta misma Audiencia de 22 de diciembre de 1998, define el bien jurídico protegido de forma mucho más restringida, reduciendo la intervención del Derecho Penal a aquellos supuestos en que se perjudique gravemente la idónea regulación del suelo, con estudios perturbadores y nocivos para la naturaleza. Esta afirmación sólo es cierta parcialmente, pues difícilmente puede afirmarse que una construcción no autorizada en un centro histórico -que es una de las conductas que castiga el artículo 319- vaya a afectar directamente a la naturaleza. Lo que sucede es que no se ha tenido en consideración que el referente material de los

---

<sup>233</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., “La protección penal del ambiente frente a las agresiones urbanísticas en la legislación italiana”, en Cuadernos de Política Criminal, 1996/60, pág 677 y sig.; y de la misma autora, “Actividades urbanísticas constitutivas de delito en los Códigos penales español y peruano”, op. cit., pág 89. En relación con el Derecho brasileño, ha de tenerse en consideración que el Capítulo V de la Ley 9.605 relativo a los delitos contra el medio ambiente, incluye en su interior – en distintas secciones y por este orden- los delitos contra la fauna, contra la flora, los delitos de contaminación y otros crímenes ambientales, así como los delitos contra la ordenación del territorio y el patrimonio cultural, entre los cuales se incluye en el artículo. 65 los daños a una edificación o monumento urbano. El Capítulo se cierra con una sección dedicada a los delitos contra la Administración ambiental.

delitos urbanísticos es plural. Así pues, seguimos manteniendo que tan sólo en la medida en que se concrete el bien jurídico protegido en sentido material, podremos afirmar, sin duda, que nos encontramos ante auténticos delitos de lesión al bien protegido. Y para ello, resulta esencial, y este tema será desarrollado al tratar de la estructura típica, la correcta aplicación de los elementos normativos que integran los tipos contemplados en el artículo 319, y en particular, tener en cuenta el hecho de que estamos ante una norma penal en blanco, para cuya aplicación será imprescindible el adecuado conocimiento de la normativa administrativa en la materia.

Como podemos observar, y ya hemos puesto de manifiesto, para un sector doctrinal y jurisprudencial, se identifica el bien jurídico protegido ordenación del territorio con la legalidad urbanística<sup>235</sup>. Para apoyar esta tesis se acude a los debates parlamentarios del Código Penal, en los cuales se manifiesta que la intervención del Derecho Penal, fue determinante ante la ineficacia de la Administración para sancionar al autor de este delito a la vez restringir su comisión. En el año 2000 el Informe del Defensor del Pueblo andaluz sobre las urbanizaciones ilegales de Andalucía<sup>236</sup> demuestra la ineficacia sancionadora de la Administración para castigar y lo hace con buen criterio, ya que en la Comunidad Autónoma andaluza es en la que mayor número de sentencias se han dictado en relación con el artículo 319 del Código Penal, y ello no es debido a que no existan sanciones administrativas para tales casos sino a su no utilización como expone ACALE SÁNCHEZ<sup>237</sup>. El Derecho Penal constituiría de esta manera un refuerzo para la Administración.

No podemos entender, como ya dijimos, que el bien jurídico ordenación del territorio y urbanismo sea simplemente “la violación de las limitaciones de uso establecidas legal o administrativamente”<sup>238</sup>, pues se encontraría con el problema de que el injusto penal se sostendría en una desobediencia, que sería insuficiente y

---

<sup>234</sup> TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Peligro abstracto y garantías penales”, en QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS (Coords.), El nuevo Código penal español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 793.

<sup>235</sup> Por todos, MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, op. cit., pág. 571.

<sup>236</sup> [www.defensor-and.es](http://www.defensor-and.es).

<sup>237</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., “Cuestiones claves de los delitos urbanísticos desde una perspectiva comparada”, op. cit., pág. 97.

<sup>238</sup> GARCÍA ARÁN, M., LÓPEZ GARRIDO, D., El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador, ed. Eurojuris, Madrid, 1996, pág. 158; BOIX REIG, J y JUANATEY DORADO, C., en VIVES ANTÓN, T. S., Comentarios al Código Penal de 1995, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 1574.

únicamente se podría utilizar para configurar el desvalor de la acción, por lo cual dicha teoría no se considera válida para solucionar el tema del bien jurídico ordenación del territorio y urbanismo ni la intervención del Derecho penal en este sentido. Dicho argumento fue utilizado por parte de la doctrina para criticar el castigo penal, consagrando de esta manera la presencia del Derecho Penal en ámbitos donde el Derecho Administrativo se consideraba suficiente para la protección del interés en el recto desarrollo de la ordenación territorial<sup>239</sup>.

Si hacemos referencia al suelo no urbanizable, viales o zonas verdes, como ejemplo, el artículo 319 del Código Penal español es una guía esencial para la búsqueda del contenido material de la ordenación del territorio, como bien jurídico protegido, ya que en él se conjugan los intereses subyacentes a esas violaciones formales. Y este es el camino que se debe seguir en el sentido de la delimitación del los bienes jurídico lesionado. El motivo por el cual se califica al suelo de no urbanizable es la prohibición de construir que se fundamenta materialmente. Desde dicha perspectiva, el bien jurídico ordenación del territorio y urbanismo, como ampliamente recogimos, ha de ser identificado con la promoción del contenido social del derecho de la propiedad, con el aprovechamiento de las plusvalías generadas, que tiene la finalidad de que existan zonas verdes, viales, bienes de interés comunitario, con la participación de los propietarios en dicha labor, no ya apropiándose de la parte social del derecho que no le pertenece<sup>240</sup>. Por ello, el legislador ha optado por un concepto jurídico penal propio de ordenación del territorio y el urbanismo en la medida en que, como ha destacado un sector de la doctrina, lo que por ordenación del territorio se entiende administrativamente, es decir, una función pública de corrección de desequilibrios territoriales, no resulta implicada, ni siquiera indirectamente, cuando en el artículo que 319 del Código Penal se tipifican las construcciones ilegales<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> BERTONI, R., "La repressione penale degli abusi edilizi" Riv. Giur. Dell'edilizia, 1971 (II), pág., 213 y sig., PAGANO, F., Le sanzoni urbanistiza-edilizie, ed. Pirola, Milán, 1992, pág. 191.

<sup>240</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, Delitos urbanísticos, op. cit. 202 y ss.

<sup>241</sup> LÓPEZ RAMÓN, F., "Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos", op, cit., pág 56.

**CAPITULO TERCERO: ESTRUCTURA JURÍDICA DEL  
DELITO URBANÍSTICO**

---

## I CUESTIONES PREVIAS

En el Capítulo anterior analizamos el bien jurídico protegido en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, refiriéndonos a las distintas tesis sobre el mismo, así como a la posición jurisprudencia sobre la materia y a la naturaleza de los delitos contenidos en el artículo 319 del Código Penal.

La ordenación del territorio y el urbanismo se regulan mediante normas de diverso origen: municipales, provinciales, autonómicas y estatales, a las que en principio, va a remitir el Código Penal. Estos delitos se configuran, pues, como normas penales en blanco, lo cual supone una mayor dificultad para la correcta interpretación de los tipos. No obstante, la exclusividad del Estado en la legislación penal confiere el principio de legitimidad a la intervención estatal. Los delitos urbanísticos están relacionados, evidentemente, con la construcción y edificación en todo el territorio nacional.

La vulneración del principio de seguridad jurídica, podría llevar a situaciones de desigualdad y arbitrariedad relacionadas con planeamientos y recalificaciones. El tipo penal resta protagonismo legislativo a las Comunidades Autónomas, que carecen de la definición del delito, no impidiendo la autonomía, sin embargo, respecto a las infracciones administrativas. Resultan viables las normas de las Comunidades Autónomas como normas de reenvío, teniendo en cuenta la competencia, es decir, y en realidad, como complemento válido de las leyes penales en blanco. Así se cumplimenta el canon constitucional sobre normas penales en blanco.

El concepto de bien jurídico protegido va a establecer el límite al *ius puniendi* y a precisar los comportamientos que han de ser tipificados en el Código Penal. A raíz de la vigente redacción del artículo 319, se da especial importancia a la protección de la ordenación del territorio y el urbanismo, cuestiones de gran transcendencia y relevancia, en relación a las cuales la intervención penal dependerá exclusivamente del posicionamiento adoptado respecto al bien jurídico tutelado.

La conductas típicas se delimitan en los apartados primero y segundo del artículo 319 del Código Penal, en el que se ponen en relación las acciones típicas y

los objetos en que recaen estas acciones, que fueron modificadas con la entrada en vigor del nuevo texto de la reforma, operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio.

El artículo 319 del Código Penal, según GÓRRIZ ROYO, contiene dos delitos distintos, puesto que en sus dos apartados se prevén dos conductas típicas materialmente diversas, diferentes desde el punto de vista de su contenido<sup>242</sup>.

Destacando el contenido típico de los delitos tipificados en los preceptos primero y segundo del artículo 319 del Código Penal, podemos destacar los objetos materiales sobre los que recae dicha acción. GÓRRIZ ROYO entiende que se trata de dos tipos autónomos<sup>243</sup>, de modo que no se puede apelar al principio de especialidad a favor del apartado primero. Será este apartado el aplicable en concurrencia normativa de ambos preceptos, porque debe atenderse a la regla de la consunción impropia del artículo 8.4 del Código Penal, según la cual se aplica el precepto en el que se prevé mayor gravedad<sup>244</sup>.

De manera estructural, dichas conductas típicas suponen una doble remisión normativa: por un lado, se encuentra la acción típica contenida en los apartados primero y segundo del artículo 319 del Código Penal; la conducta es “llevar a cabo” en ambos casos; y por otro lado, las referencias normativas a los suelos y lugares donde se lleve a cabo esta conducta de “llevar a cabo”, conducta contenida en ambos párrafos.

Con la finalidad de configurar los objetos materiales de este delito y delimitarlos, en el artículo 319 del Código Penal, deberemos asimismo que tener en cuenta que el propio legislador ha incorporado específicas categorías formales que

---

<sup>242</sup> GORRIZ ROYO, E.: Protección penal de la Ordenación del territorio, op. cit., pág. 836.

<sup>243</sup> En el mismo sentido, destaca la opinión de CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C que advierte que en el párrafo segundo del artículo 319 del Código Penal se contempla un delito autónomo, porque considera que “...la conducta sancionada es distinta, y por tanto no nos encontramos ante una misma cualificación (atenuatoria), de la conducta del párrafo primero por la concurrencia o ausencia del elemento típico”, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “De los delitos relativos a la protección de la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en AA.VV (Dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.) Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo II, Madrid, 1997, pág. 3202.

<sup>244</sup> GORRIZ ROYO, E.: Protección penal de la Ordenación del territorio, op. cit., pág. 837.

proceden del Derecho Administrativo Urbanístico. Dicha interpretación ha de llevarse a cabo de una forma implícita y teniendo en consideración las normas administrativas de planeamiento y las clases concretas de suelo.

El carácter especial e implícito de estas remisiones que hemos deducido del artículo 319.1 y 2 del Código Penal, puede ser valorado de manera positiva; por una parte, al acotar de esta manera la acción típica enumerando los suelos y los lugares donde recae dicha acción y que al mismo tiempo se encuentran descritos en el planeamiento urbanístico, de ello deduce GÓRRIZ ROYO que “la accesoriad que se deduce de esta técnica es meramente conceptual”<sup>245</sup>; en segundo lugar, estas referencias normativas específicas son consideradas en conjunto, por lo tanto se restringe el bien jurídico que se tutela en este delito, al bien jurídico colectivo “ordenación del territorio y urbanismo”.

Estos valores justifican la tutela penal del uso racional del suelo, y al igual que ACALE SÁNCHEZ<sup>246</sup> y GÓRRIZ ROYO<sup>247</sup>, hago una valoración positiva de las referencias típicas a las clases del suelo, ya que su introducción se fundamenta en el bien jurídico tutelado.

Para la delimitación de las conductas típicas en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto, como premisa, debemos aludir ahora, brevemente, al planeamiento urbanístico, refiriéndonos, no obstante, a los distintos tipos de obras y los distintos tipos de suelo en los que se puede “llevar a

---

<sup>245</sup> GÓRRIZ ROYO, E., Protección penal de la Ordenación del Territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, op. cit., págs. 863 y 864.

<sup>246</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 253. Dicha autora considera que la introducción de estos conceptos administrativos en las normas penales ha de venir justificada en cuanto sea necesario para proceder a la protección del bien jurídico tutelado penalmente.

<sup>247</sup> GÓRRIZ ROYO, E., Protección penal de la Ordenación del Territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, op. cit., pág. 864. Esta autora, a diferencia de ACALE SÁNCHEZ, no considera que a través del artículo 319 del Código Penal se dé protección a los bienes jurídicos “medio ambiente”, “patrimonio histórico” y “ordenación del territorio” en atención a los valores predicables de los suelos y lugares previstos en estos preceptos. Prefiere interpretar que habría un bien jurídico único “ordenación del territorio”, cualificado o delimitado en atención a aquellos valores. Yo, personalmente, discrepo de la opinión de esta autora, y entiendo como bien jurídico tutelado penalmente en este artículo 319 del Código Penal, y a la luz de la reforma 5/2010 de 22 de junio, la ordenación del territorio y el urbanismo; pues los otros bienes jurídicos son tutelados en otros artículos de este Título XVI del Código Penal.

cabo” este delito, al analizar los correspondientes tipos contenidos en los apartados 1 y 2 del artículo 319.

La equivocidad del término urbanismo, hace referencia básicamente a lo que es propio de la ciudad. El urbanismo constituye en sí mismo la relación del hombre con el medio en el que se desenvuelve, y que hace de la tierra, del suelo, su eje operativo. Vivimos en un país pequeño pero densamente poblado, por lo que la oferta del suelo está determinada y es escasa.

En el siglo XIX, con la aparición de la ciudad medieval surgirán las primeras leyes urbanísticas y en el marco liberal nacerá la Ley de 29 de junio de 1864 que favorecerá la actividad de los Ayuntamientos junto con el Reglamento de la citada Ley de 25 de abril de 1867, mientras se gestan los Planes de Ensanche de ciudades como Madrid o Barcelona.

Hasta la llegada de la primera Ley de Suelo de 1956, se produjo una sucesión de leyes de más escasa relevancia que la citada Ley. Con dicha Ley de Suelo de 1956, podemos afirmar el surgimiento del Derecho Urbanístico Español que por fin consigue ser en sí mismo un Derecho maduro, orgánico y omnicompreensivo<sup>248</sup>.

Dicha Ley se reformó en 1975, dando lugar al Texto refundido de 1976 y posteriormente a la Ley de 25 de julio de 1990, a la que siguió el Texto refundido de la Ley de 1992 que dio paso a la Ley Estatal sobre Régimen del Suelo y Valoraciones de 13 de abril de 1998, que finalmente fue derogada hace unos años por la Ley 8/2007 de 28 de mayo. El Texto refundido de 20 de junio de 2008 recoge ahora los preceptos de la última de las Leyes citadas y de los Textos Refundidos de 1992 que no fueron afectados por la reforma de 1998<sup>249</sup>.

El término “plan” se introduce en el Derecho positivo justamente de la mano de las primeras normas urbanísticas, adquiriendo una significación equivalente a la

---

<sup>248</sup> FERNÁNDEZ, T. R., Manual de Derecho Urbanístico, 21ª edición, La Ley, Madrid, 2008, págs. 18-22.

<sup>249</sup> En la Comunidad Autónoma de Andalucía, la ley urbanística vigente es la LO 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA).

del plano, atendiendo por lo tanto a una significación gráfica de una realidad determinada y más concretamente, de lo que el aspecto material quiere hacerse con esa realidad a resultas del concreto programa de acción al que el plan responde.

El planeamiento es la base necesaria y fundamental de toda ordenación urbana, según la Exposición de Motivos de la citada Ley de 1956. Se utiliza para conseguir una serie de facultades dominicales relativas al uso del suelo y su edificación en todo el territorio nacional, y la división del territorio municipal en suelo urbano, urbanizable y no urbanizable, el establecimiento de zonas de diferente utilización y la fijación de zonas concretas de las construcciones a realizar en ellas, la formulación del trazado de las vías públicas y medios de comunicación, la determinación del sistema de espacios libres y zonas verdes, la localización y caracterización de los centros y servicios de interés público, la delimitación del uso del suelo y de las edificaciones, la orientación de la composición arquitectónica de las edificaciones y la regulación de sus características estéticas, etc...

En este sentido, los planes configuran y anticipan lo que, al cabo del tiempo será la ciudad o el concreto espacio territorial por ellos considerado<sup>250</sup>. Dichos planes urbanísticos tienen el carácter de normas jurídicas, así lo ha destacado el Tribunal Supremo en múltiples sentencias a partir de la de 8 de mayo del 1968, cuya doctrina ha sido reiterada por otras sentencias posteriores<sup>251</sup>.

Los planes se integran en el ordenamiento jurídico mediante criterios jerárquicos, en función de su funcionalidad y ámbito territorial. El ordenamiento urbanístico tiene un lugar esencial, y las Comunidades Autónomas responden de forma exacta al mismo esquema.

La Ley de 1956 dejaba libertad al planificador para establecer la ordenación concreta que estimase más conveniente, la Ley de los Planes operaba sin ningún condicionamiento. Dicha experiencia, se prolongó durante veinte años en el tiempo mostrándose los inconvenientes que de ella derivaban y el legislador tuvo que

---

<sup>250</sup> FERNÁNDEZ, T. R., Manual de Derecho Urbanístico, op. cit., págs. 45-47.

<sup>251</sup> STS 14 y 21 de noviembre de 1969, 4 de noviembre de 1972, 22 de mayo y 26 de junio de 1974 y 27 de junio y 6 de octubre de 1975, entre otras.

corregirla, añadiendo criterios materiales de la ordenación de los planes de forma parcial y también general, teniendo siempre en cuenta el criterio de la calidad de vida en el espacio urbano.

Como ejemplo, en los Planes Generales se introdujeron modificaciones tales como la inclusión en el artículo 12 del Texto Refundido de 1976 de “los espacios libres destinados a usos públicos y zonas verdes de protección no inferior a cinco metros cuadrados por habitante y equipamiento comunitario” y a ello se le suma, respecto al suelo urbano, el deber de prever las dotaciones necesarias para parques y jardines públicos y zonas deportivas de recreo y expansión, templos, centros docentes, públicos o privados, asistenciales y sanitarios y demás servicios destinados para el interés público y social<sup>252</sup>. Sin embargo, la legislación urbanística fue más rigurosa con los Planes Parciales<sup>253</sup> y el deber de reservar terrenos<sup>254</sup>.

Además, existen normas legales de directa aplicación que son las denominadas “normas de ordenación” que prevalecen sobre el llamado Planeamiento Urbanístico. De esta manera, por ejemplo, se da entrada a las normas urbanísticas contenidas en la Ley de Carreteras de 29 de junio de 1988 que distingue, en relación a la mayor o menor proximidad a dichas vías, tres zonas diferentes: de dominio público, de servidumbre y de afección. En esta misma línea nos encontramos con Leyes como la del Patrimonio Histórico Español de 25 de junio de 1985 y la Ley 42/2007 de 13 de diciembre del Patrimonio Nacional y de la Biodiversidad, que deroga la anterior Ley de Conservación de los Espacios Naturales de 27 de marzo de 1989, y a todo ello, sumamos la ratificación del Convenio Europeo del Paisaje de 20 de octubre de 2000 elaborado en Florencia (BOE 5 de febrero de 2008). Tenemos que mencionar también la ley de Costas de 28 de julio de 1988, debido a la intensidad de las medidas de protección al litoral, al igual que la modificación de la Ley de Montes por la Ley10/2006, de 28 de abril.

---

<sup>252</sup> Artículo 12.2.1 Texto Refundido 1976.

<sup>253</sup> 75 viviendas por hectárea, salvo que el Consejo de Ministros autorice llegar a 100 en casos excepcionales: artículo 75 TR76, como ejemplo.

<sup>254</sup> Artículo 13 Texto Refundido 1976.

Existen, asimismo, distintos tipos de Planes y normas urbanísticas como el Planeamiento supramunicipal, Plan nacional, Planes provinciales, Plan general municipal de ordenación urbana y Planes comarcales.

En la actualidad nos encontramos con el Texto Refundido de la Ley de Suelo (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio) y en nuestra Comunidad Autónoma, más concretamente tenemos la Ley de Ordenación Urbanística<sup>255</sup>, además de una serie de leyes, decretos, órdenes y resoluciones que abordan el tema del urbanismo, ordenación del territorio, planeamiento...desde la perspectiva de nuestra Comunidad para dar una respuesta a los problemas que plantea la utilización del espacio físico.

En el artículo 148.1.3ª de la Constitución Española se recogen las competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas, aunque según PÉREZ ANDRÉS, dichas referencias son insignificantes<sup>256</sup>.

Una vez hecha la necesaria alusión al Planeamiento Urbanístico y la sucesión de Leyes de Suelo hasta la Ley actual de 2008, he de añadir, como he indicado en otros capítulos anteriores, que la evolución del delito sobre la ordenación del territorio surgido en el año 1995, que se incluye por primera vez en el Código Penal de este año, y que fue ampliado por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, pasando a denominarse “delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, no es fruto de la casualidad. Es decir, el Derecho Administrativo ha regulado el urbanismo mediante leyes y planes de ordenación, sancionando las infracciones administrativas, pero su actuación ha resultado inoperante. Es por ello, desde mi punto de vista, que dicho Derecho Administrativo sancionador, ha de acudir al Derecho Penal. Aunque siempre seré de la opinión de la aplicación del principio de intervención mínima, según el cual el Derecho Penal, en todo caso, debe actuar como la última ratio del ordenamiento jurídico, debiendo concluir que, a mi entender, el Derecho Administrativo sancionador ha podido establecer sanciones más graves, y ha hecho menos de lo que debería haber hecho. Si no hubiese sido inoperante, no se habría

---

<sup>255</sup> LO 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA).

<sup>256</sup> PÉREZ ANDRÉS, A., La ordenación del territorio en el Estado de las Autonomías, Monografías Jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 227.

tenido que acudir al Derecho Penal como opción. No se debe llegar al último extremo, sin haber antes impuesto soluciones más contundentes desde otra rama del Derecho, en este caso el Derecho Administrativo.

Tras estas referencias inevitables al planeamiento urbanístico, debemos recordar que se distinguen en el artículo 319 dos modalidades delictivas, además de una disposición común a ambas contenida en el número tres. Por un lado, estaría el tipo básico contenido en el número 2 y que estudiaremos, como es lógico, en primer lugar. El número 1, contiene un tipo cualificado, que establece penas más graves, aunque respecto a algunos temas como el sujeto activo resulta idéntico en su redacción al contenido en el tipo básico. Por tanto, hemos creído conveniente analizar detalladamente el tipo básico, para con posterioridad estudiar el tipo agravado, en relación al cual examinaremos, de modo particular, el objeto material, haciendo una valoración conjunta de los demás elementos del tipo.

## **II. TIPO BÁSICO: ARTÍCULO 319.2 DEL CÓDIGO PENAL.**

La sistemática que vamos a seguir en el estudio de los tipos del artículo 319, superando la confrontación entre las teorías finalistas y causalistas, que consideramos una confrontación en gran medida estéril, se va a concretar en una estructura del delito que podemos considerar aceptable para ambas posiciones. En concreto, partiremos del juicio de antijuridicidad, examinando en primer lugar la conducta típica, el objeto material y los sujetos, y posteriormente el juicio de culpabilidad.

Hemos considerado necesario estudiar el dolo como referencia típica, dado que los tipos que vamos a analizar no admiten, a nuestro entender, la comisión del delito por imprudencia, aunque posteriormente analizaremos con detenimiento el juicio de culpabilidad, y en particular el dolo como elemento autónomo.

Por supuesto, el juicio de antijuridicidad incluirá tanto el tipo del injusto como la ausencia o causas de exclusión de la antijuridicidad, y, por otra parte, el juicio de culpabilidad hará inevitablemente necesario el estudio de la imputabilidad, las formas de culpabilidad, que en nuestro caso, como hemos avanzado sólo admitirían el dolo y su posible exclusión, o sea, la exigibilidad o no exigibilidad; finalmente se estudiará el posible error, bien de tipo o bien de prohibición. Creemos, en cualquier caso, que lo realmente importante, es que de esta orientación resulte con claridad un análisis de los delitos que permita conocer la voluntad del legislador, así como la realidad político criminal que ha dado lugar a la tipificación de estos delitos.

Ciertamente, partiremos de que lo esencial será el examinar si se ha realizado o no la conducta típica, teniendo preferencia el tipo del injusto, con especial alusión a sus elementos subjetivos, para posteriormente examinar el dolo en su doble dimensión, como elemento del tipo y como elemento autónomo de la culpabilidad. Tras el examen del juicio de antijuridicidad y culpabilidad y como derivación de ellos se estudiará el error, que aunque separado, está íntimamente unido a ellos. Las formas de aparición del delito y la punibilidad serán lógicamente estudiados posteriormente, siendo éste el último de los elementos que conforman la teoría jurídica del delito.

### **1. Juicio de antijuridicidad.**

El juicio de antijuridicidad va a permitir concretar el alcance de la antijuridicidad en el delito urbanístico, permitiendo examinar la relación con el tipo, el objeto material sobre el que recae el delito, así como los sujetos del delito, con alusión al dolo como referencia típica, y por supuesto la descripción de las posibles causas de exclusión de la antijuridicidad.

El examen del juicio de antijuridicidad permitirá no sólo examinar las conductas formalmente tipificadas, sino sobre todo la antijuridicidad material de la conducta, que es la que permitirá conocer la voluntad del legislador en la elaboración del tipo, así como establecer las posibles graduaciones del injusto, una correcta

interpretación de los tipos y por supuesto, los principios que permitirían establecer las causas de exclusión de la antijuridicidad.

### **1.1. Tipo de injusto.**

En el tipo de injusto, la teoría de la tipicidad adquirirá su papel más relevante, al examinar los elementos normativos del tipo, pudiendo ser entendido como el conjunto de características que fundamentan la antijuridicidad de la acción, delimitando todos aquellos elementos determinantes del contenido material del injusto de cada hecho punible<sup>257</sup>. El tipo del injusto permitirá detectar, en su caso los elementos negativos del tipo a los que aludiremos en su momento.

#### **1.1.1. Conducta típica.**

El artículo 319.2 del Código Penal, en su vigente redacción, dispone literalmente lo siguiente: “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 resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de 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”<sup>258</sup>.

La figura básica del tipo penal se haya, pues, en el artículo 319.2 del Código Penal. Mediante la reforma operada en virtud de la LO 5/2010, de 22 de junio este precepto se ha modificado en distintos aspectos. El nuevo texto, que acabamos de reproducir literalmente, revisa las sanciones, elevando de esta manera el límite

---

<sup>257</sup> Cfr., en este sentido MORILLAS CUEVA, L.:Derecho Penal. Parte General. Tomo II, Volumen I, Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: juicio de antijuridicidad, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 72.

<sup>258</sup> Véase, aunque se refiere a la redacción anterior a la reforma, la Consulta FGE 1/2003, de 25 de julio, sobre “La nueva configuración típica que presenta el delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 del Código Penal, a partir de las medidas de liberalización del sector inmobiliario adoptadas en el Real Decreto-Ley 4/2000”.

mínimo y máximo de las penas de prisión o imponiendo junto a la pena de multa por cuotas diarias, la multa proporcional para casos concretos en los cuales “el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante” de la aplicación de aquélla, en cuyo caso la multa será del triplo al tanto del montante de dicho beneficio<sup>259</sup>.

Además, esta Ley Orgánica 5/2010, amplía la conducta típica del delito mediante el vocablo “edificación” y la expresión “obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables”, ampliando las conductas típicas a las obras ilegales o clandestinas de urbanización. El motivo de la introducción de éstas últimas, es que pueden tener un mayor impacto sobre el territorio que las de simple construcción o edificación, a las que suelen preceder.

La conducta típica sería “llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelo no urbanizable”, que como podemos observar, se trata de una descripción meramente formal que a su vez no proporciona datos materiales para seleccionar la entidad del riesgo penalmente relevante<sup>260</sup>.

Precisamente, la utilización de los términos “llevar a cabo” nos lleva a afirmar que no cabe admitir, en relación a estos delitos, la naturaleza de los mismos como delitos de mera actividad por omisión en sentido propio, no solamente por las dificultades que presentan desde una perspectiva teórica en sentido estricto, sino, precisamente, porque en el artículo 319 del Código Penal la conducta que se realiza es activa -“llevar a cabo”-; según GÓRRIZ ROYO es impensable verificar la conducta típica mediante la omisión de actos de construcción o edificación. La omisión de estas acciones en ningún caso puede considerarse típica, ya que no corresponden con la salvaguarda del bien jurídico que en este caso sería “la ordenación del territorio y el urbanismo”, cuando dicho bien jurídico se encuentre en

---

<sup>259</sup> Vid. el artículo 319.2 del Código Penal reformado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Dicha introducción de la multa proporcional evita que se consoliden los beneficios del delito, por parte del infractor del mismo.

<sup>260</sup> Desde el punto de vista del principio de legalidad, podemos afirmar que en este caso concreto del artículo 319.2 del Código Penal, el legislador no expresa el núcleo de la conducta prohibida de manera taxativa, en su regulación. Por ello creo que se vulnera dicho principio, ya que, la remisión a las normas extrapenales no se encuentra establecida como el complemento indispensable del núcleo prohibido. El fundamento de esta afirmación, estaría en la STC 127/1990. Sin embargo, esta tipificación no resultaría según la STC 120/1998, contraria al principio de igualdad.

peligro. Tampoco se puede producir la omisión en relación con la solicitud de licencia a efectos de apreciar la modalidad omisiva, ya que, la inactividad no verifica por sí misma la realización de un elemento típico<sup>261</sup>; a mi entender, este argumento, es el correcto, por lo que mantengo que no caben los delitos de comisión por omisión en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

Las modalidades de la acción típica son indeterminadas, dada la expresión “llevar a cabo una construcción”, en cuanto merezcan la denominación de constructivas. No por ello exigen la presencia física permanente ni siquiera regular del autor en el lugar de la construcción, en la medida en que quien promueve, construye o dirige técnicamente la construcción, puede servirse de terceros en la obra, como autores mediatos de la acción misma de construir (dicho sea de forma impropia), aunque sería autor directo de la conducta típica quien “llevare a cabo una construcción”. La simple preparación técnica de dicho proyecto no constituye acción típica hasta que no se ejecute el proyecto bajo la dirección del propio técnico director o de otro técnico<sup>262</sup>. Incluso el mero proyectista que tiene responsabilidad administrativa careciendo de responsabilidad penal en concepto de autor; si no interviene en la ejecución, queda como subsistente; habría una posibilidad de que éste tuviese responsabilidad penal en el sentido de la participación, si la ejecución técnica la realizase un tercero. La preparación de la construcción que organiza e impulsa la empresa constructora no es típica hasta que comienza la ejecución de dicha obra. Quedarían desde este punto de vista de CASTRO BOBILLO<sup>263</sup>, fuera de la conducta típica los movimientos de tierra como explanaciones, desmontes, terraplenados, excavaciones<sup>264</sup>...

En este delito no es posible la comisión por omisión<sup>265</sup>, aunque podamos partir de la posición de garante, ya que no nos encontramos ante delitos que consistan

---

<sup>261</sup> GÓRRIZ ROYO, E., Protección penal de la Ordenación del territorio, op. cit., pág. 846.

<sup>262</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 126.

<sup>263</sup> CASTRO BOBILLO, C. J.: Los delitos contra la ordenación del territorio, op. cit., pág. 413. Plantea sus dudas sobre la responsabilidad de los proyectistas tanto en el ámbito administrativo como en el penal, aunque piensa que alguna le debe corresponder, PAREJO ALFONSO, L., en Ilícito penal ilícito administrativo, en materia de urbanismo, op. cit., pág. 177.

<sup>264</sup> GARCÍA PLANAS, G.: El delito urbanístico, op. cit., pág. 53; y en El artículo 319.1 construcción no autorizada en espacios protegidos, op. cit., pág. 38 y ss. En sentido contrario, cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: Comentarios al Código Penal, op. cit., pág. 913.

<sup>265</sup> Vid. el artículo 11 del Código Penal.

en la producción de un resultado. Pese a que puede admitirse la imputación del omitente por un resultado, éste queda fuera del tipo, ya que en nuestro caso, los delitos urbanísticos, debe concurrir un factor causal humano, bien sea edificatorio o constructivo, que se derive de cualidades personales y del resultado pretendido. Se trata de una conducta plenamente activa (llevar a cabo una construcción o edificación), y personal; y que de forma necesaria se vincula en la autoría al promotor, constructor o técnico director, nunca se trataría de una omisión; si actúa como garante, se trata del sujeto, según la ley, que no desempeña la función típica. Por ejemplo, si se trata del propietario de un terreno que no impide que el otro construya en él. Según BOLDOVA PASAMAR, su conducta será calificada como participación omisiva<sup>266</sup>, pero no como autoría en comisión por omisión, debido a que no se puede afirmar que dicha actitud pasiva sea una manera de promover o llevar a cabo una construcción. En el caso de que existiera entre los sujetos activos del delito un acuerdo de voluntades con el propietario, podríamos entender que como mucho incurriría en una cooperación necesaria por omisión en el delito de acción, debido a las mismas razones. Dejando a un lado dichas hipótesis, algún autor ha planteado la posibilidad de apreciar el delito de comisión por omisión cuando la autoridad o funcionario público incumplen sus deberes de inspección y protección de la legalidad urbanística. Dicha autoridad o funcionario público podría evitar las actuaciones constructivas de terceras personas, o al menos tener en su mano dicha posibilidad. Dicho hecho en comisión por omisión, se encuentra descartado del artículo 320 del Código Penal como forma de comportamiento omisivo (a diferencia del 329.1 del Código Penal), y solamente por analogía *in malam partem*, podrían ser considerados tales sujetos como promotores, constructores o técnicos directores, cualidades que resultan irrenunciables en la autoría para los tipos del 319 y se encuentran vinculados con las correspondientes conductas activas (de promover, construir o dirigir técnicamente la construcción, única forma de llevar a cabo una construcción o edificación conforme a la selección efectuada por el legislador para acotar el tipo), aun cuando no se les atribuya a las dos primeras la profesionalidad como característica inherente a las mismas<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 126.

<sup>267</sup> Vid. GARCÍA PÉREZ, O.: Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del artículo 320 del Código Penal, op. cit., pág. 1276; también en este sentido, RODRIGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE, en La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística, op. cit., pág. 1755. Ambos no solo rechazan imputar la comisión por

De acuerdo con la redacción vigente de los dos apartados del artículo 319 del Código Penal, se hace necesaria la distinción entre obras de urbanización (lo que significa una novedad en la LO 5/2010), construcción y edificación. La primera, consiste en el desarrollo de actividades, normalmente tendentes a la implantación de servicios comunes a zonas residenciales, como ejemplo, movimientos de tierra, canalizaciones, asfaltado, acerado o iluminación. Por tanto, no es preciso que las obras se hayan materializado, por ejemplo, en la construcción de viviendas u otro tipo de inmuebles, sino que basta con el desarrollo previo de esas obras que tienen por finalidad el acondicionamiento para la implantación de servicios y suministros en lugares comunes. Ello no impide que la conducta típica se realice con ejecución de obras de urbanización que benefician a un único inmueble con la realización proyectada; en la generalidad de los casos, este tipo de obras de urbanización suelen acometerse para el acondicionamiento de esos servicios comunes. Se trata, en cualquier caso, de una alternativa de conducta que manifiesta la intención del legislador por anticipar la intervención punitiva en este ámbito, abarcando actividades propiamente preparatorias de las obras de ejecución de las edificaciones y las construcciones.

Estas últimas pueden servir como criterio indicativo de las definiciones contenidas en el artículo 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, cuyo contenido es demasiado particularizado. Sin embargo, podemos destacar algunas cuestiones. En primer lugar, a efectos de la fijación del contenido de las conductas, habrá que estar a la calificación urbanística de la obra ejecutada -naturaleza o destino del edificio o edificación que se esté llevando a cabo: pública, privada, social, comercial, industrial, residencial...-. En segundo lugar, que de dicho cuerpo legal también se infiere que la edificación se lleva a cabo mediante las obras de construcción, con lo que no es descartable que el legislador penal haya interpretado que estas últimas suelen ser un estado intermedio entre la urbanización y la edificación. En tercer lugar, que de acuerdo al artículo 2. 2 a) de la misma Ley, deben quedar incluidas en el tipo no sólo la realización de las obras de nueva planta, sino también, las de “ampliación, modificación reforma o rehabilitación que alteren la configuración

---

omisión en concepto de autoría, sino también la participación por omisión en el delito de acción. Aducen como argumento también la inconsecuencia sistemática que supondría aplicar a estos casos en

arquitectónica de los edificios”. Y, por último, que a pesar de las definiciones técnicas de la Ley de Ordenación de la Edificación, tampoco sería descartable interpretar que por “construcciones” se entienden más bien obras de ingeniería y por edificaciones el legislador comprende más bien obras arquitectónicas.

La doctrina entiende que cuando habla el legislador de construcciones se refiere a obras constructivas de toda clase y cuando se refiere a edificación se refiere a un tipo de obra más concreto, ya que alude a unas determinadas cualidades, como que su finalidad sea la habitación, morada o usos análogos (bloque de pisos, vivienda unifamiliar o nave industrial), quedando fuera de dicho delito toda obra o construcción no destinada a tales usos<sup>268</sup>. Por ello, se puede afirmar que el concepto de construcción es más amplio que el de edificación, según la distinción que hace el legislador. Entre ambos conceptos existe una relación de género a especie, cualquier edificación se engloba en el concepto de construcción. Sin embargo, no queda claramente delimitado el concepto de construcción<sup>269</sup>.

Hasta la reforma de 2010 el legislador hablaba de “construcción” en el tipo agravado y de “edificación” en el tipo básico. Con lo cual la redacción se pone en evidencia, según OLMEDO CARDENETE, la norma ha superado una distinción que no tenía sentido que se realizara, ni por la *ratio legis* de los tipos penales en los que se insertaban, ni por la posible distinción técnica entre uno y otro concepto<sup>270</sup>.

La construcción es una categoría genérica que comprende cualesquiera obras<sup>271</sup>, pero no cualesquiera actos sujetos a licencia de obras<sup>272</sup>, así dejamos fuera del concepto de construcción, por ejemplo, las parcelaciones ilegales. La

---

que no está prevista la conducta omisiva de la autoridad o funcionario público, una pena superior (derivada del artículo 319) a la que corresponde a los mismos sujetos en materia medioambiental.

<sup>268</sup> ROMERO REY, C.: “Interrelaciones entre la protección penal y la protección administrativa...” op. cit., pág. 116 y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Artículo 319 del Código Penal” en el Código Penal... op. cit., pág. 971.

<sup>269</sup> Vid. BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C.: “De los delitos sobre la ordenación del territorio...”, op. cit., pág. 278.

<sup>270</sup> OLMEDO CARDENETE, M., “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. La protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (I) Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”. En, MORILLAS CUEVA (Coord.), Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial, Dykinson, S. L., Madrid, 2011, pág. 700 y 701.

<sup>271</sup> PAREJO ALFONSO, L.: Ilícito penal e ilícito administrativo en materia de urbanismo, op. cit., pág. 177.

construcción es donde se puede encajar el concepto de “obra”<sup>273</sup>. Según BOLDOVA PASAMAR, como indicamos, por construcción hay que entender toda instalación u obra fijada de forma permanente al suelo (incluidas las obras prefabricadas no desmontables)<sup>274</sup>. Ello es debido a que en cualquier tipo de acto o actividad en la cual se transforman los terrenos o el espacio en el que se construye, se produce necesariamente un comportamiento constructivo, que además puede ser reconstructivo, por ejemplo, la demolición de edificios que es un acto sujeto a licencia. La esencia fundamental de la construcción tendremos que buscarla en la fijación permanente al suelo de un elemento físico, por este motivo se excluye del tipo la remoción de terrenos<sup>275</sup>. Además, quedan excluidas las construcciones temporales y las que son desmontables. No se produce mediante un acto cualquiera, que implique la transformación de terrenos o del espacio, la necesaria constitución de un comportamiento constructivo, sin embargo, puede ser reconstructivo, -caso de la demolición de edificios que constituye un acto del uso del suelo sujeto a licencia-<sup>276</sup>. En la fijación permanente al suelo de un elemento físico se encuentra la esencia de la construcción que excluye del tipo la remoción de los terrenos, además de las construcciones temporales y desmontables. Aunque se pone en duda, el caso de las obras de urbanización necesarias para poder urbanizar, que se excluirán del concepto de construcción<sup>277</sup>. ACALE SÁNCHEZ Y GORRIZ ROYO consideran que hay que excluir las obras de construcción de infraestructuras como carreteras, presas,

---

<sup>272</sup> Tal y como da a entender ROMERO REY, C., en *Interrelaciones entre la protección penal y la protección administrativa de la ordenación del territorio*, op. cit., págs. 112 y ss.

<sup>273</sup> Vid., a este respecto, ROMÁN GARCÍA, F.: *Derecho Penal Administrativo*, op. cit., págs. 69 y ss., precisando que el término obras comprende las construcciones, pero también supuestos de alteración y de una manipulación física anterior.

<sup>274</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *Los delitos urbanísticos*, op. cit., pág. 122; y SANTANA VEGA, D. M., *Delitos urbanísticos*, op. cit., pág. 336, quien indica que es discutible excluir las casas prefabricadas en la medida en que existan instalaciones de agua, conexiones de luz o desagües que conlleven elementos de fijez a la construcción. En la SAP de Zaragoza 10-05-04 (JUR 2006/19179) no se considera que se trate de una construcción/edificación (a los efectos del tipo penal) un casetón de madera, prefabricado, de reducidas dimensiones (7 metros por tres metros), carente de cimentación, y tan solo apoyado en unas zapatas de hormigón, siendo susceptible de ser trasladado en un transpone especial.

<sup>275</sup> Por el contrario, se incluyen también los movimientos de tierra. Cfr. BETRÁN ABADÍA, R. / CORVINOS BASECA, P. / FRANCO HERNANDEZ, Y.: *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y la disciplina urbanística*, op. cit., pág. 23.

<sup>276</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *Los delitos urbanísticos*, op. cit., pág. 122.

<sup>277</sup> DOMINGUEZ LUIS, J. A/ FARRÉ DÍAZ, E.: *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, op. cit., pág. 81. Igualmente PAREJO ALFONSO, L.: *Ilícito penal o ilícito administrativo en materia de urbanismo*, op. cit., pág. 178; y CATALÁN SENDER, J.: “Delito urbanístico ante las grandes líneas de la jurisprudencia urbanística”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 66, 1998, págs. 557-608.

viaductos, túneles, etc.<sup>278</sup>. Para dar esta interpretación partimos del concepto básico de construcción, que a su vez encuadra un apoyo frente a la edificación del artículo 319.2, de manera que se encuadran de forma comparativa las modalidades de arquitectura o ingeniería. Son discutibles los vallados de madera o tela metálica que en un principio, deberían quedar fuera, pero esto no es evidente si se trata de un muro de hormigón; al igual que ocurre en cierta clase de instalaciones como telefonía, eléctricas o depuradoras. En ciertas ocasiones, las normas urbanísticas diferencian entre construcciones e instalaciones y dicha diferencia podría dar lugar a la exclusión de las anteriormente citadas, pero por otra parte, el Derecho Penal no se encuentra vinculado a esa circunstancia. Lo que representa la instalación es una obra fijada en suelo de forma permanente<sup>279</sup>. Los excesos de altura, del volumen o de la ocupación previstos en la licencia solo se pueden encajar en los delitos urbanísticos si se verifican en los tipos de suelo a que se refiere la protección, no resultando insignificantes.

Cuando se reforma lo que ya se había construido con anterioridad, tanto en el caso de que trate de una reforma interior como de una reforma exterior, no estaremos ante una construcción mientras ésta no suponga alteración del uso del aprovechamiento del suelo. Para la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 7/02/02 (2002/2009), sí supone una construcción la reconstrucción, es decir la sustitución de la construcción, coincida o no con la reforma primitiva, así como la ampliación no insignificante de la construcción preexistente<sup>280</sup>, opinión que comparto.

---

<sup>278</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 280; GORRIZ ROYO, E.: La protección penal de la ordenación del territorio, op. cit., págs. 851 ss.; e igualmente, ROMÁN GARCÍA,.: Derecho Penal Administrativo, op. cit., pág. 85 ss. También GARCÍA PLANAS, G.: El delito urbanístico, op. cit., pág. 65 (obras de urbanización); POZUELO PÉREZ, L., Notas sobre la denominada “Expansión del Derecho Penal”, op. cit., pág. 43 (vallados, puentes, túneles, presas o cualquier otra estructura permanente); y SALINERO ALONSO, C.: Delitos contra la ordenación del territorio, op. cit., pág. 1336 (junto a la parcelación, que es caso aparte, incluye la urbanización o el acometimiento de las obras relativas a equipamientos y estructuras básicas ligadas a la propia construcción, como suministro de agua, energía, alcantarillado, etc....)

<sup>279</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 123.

<sup>280</sup> Vid. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 7/02/02 (2002/209), en la que se castiga como delito urbanístico construir una caseta con trastero con la superficie de 19,72 metros cuadrados, una caseta gallinero de 14,08 metros cuadrados y el inicio de la construcción de un porche de 33,60 metros cuadrados, ampliando una caseta anterior (objeto que estaba en el expediente sancionador seguido contra el anterior propietario, pero que el acusado sabía que estaba fuera de la ordenación por la información registral que obtuvo al adquirir la parcela). En la SAP de Jaén 23-01-2003 (JUR 2003/45129) se estima que la construcción de un baño de dos metros cuadrados y una cocina de cuatro metros cuadrados, para la que no se solicitó licencia, supone no solo un aumento del

Antes de que finalice el proceso de construcción, el proceso de edificación tiene que seguir unos determinados presupuestos como: el acondicionamiento del solar, el equilibrio entre aprovechamiento objetivo y aprovechamiento subjetivo, y la obtención de licencia de edificación; a parte de determinados condicionantes que se encuentran dentro del proceso de la edificación.

La construcción o edificación presuponen obras de urbanización, y todos estos términos podrían ser sinónimos para una persona sin conocimientos de la materia urbanística, cuando, en realidad, resultan diferentes, una vez analizados.

El derecho a edificar consiste en la facultad de materializar el aprovechamiento urbanístico correspondiente al propietario del suelo, construyendo el adecuado edificio; y se puede ejercitar a través del otorgamiento de la necesaria licencia de edificación (artículo 242.1 Ley del Suelo de 1992 y artículo 22.3 el nuevo Texto Refundido de la Ley del Suelo 2/2008, de 20 de junio), siempre que el proyecto presentado para su obtención sea conforme con la ordenación urbanística aplicable.

En la aplicación de la Ley del Suelo de 1998, el derecho a edificar se encontraba ínsito en el derecho de la propiedad del suelo urbano, con la construcción del edificio se patrimonializaba definitivamente la construcción realizada. Sin embargo, en la Ley de Suelo de 2007, su artículo 7.1 pone de manifiesto que el régimen de la propiedad del suelo es estatutario, y resulta de su vinculación a destinos concretos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, afirmando el artículo 7.2 que la previsión de edificabilidad

---

volumen de lo que estaba construido (al parecer una especie de cobertizo), sino un cambio de destino, pues si la construcción carecía de baño y cocina, dos elementos sin duda esenciales para poder calificar de vivienda una construcción determinada, es evidente que con su instalación, además de aumentarse el volumen de aquella, lo que se obtiene es una edificación habitable. Concluye señalando que ello colma la exigencia del tipo penal, pues supone no solo una infracción urbanística, sino una alteración sustancial del medio, suelo protegido, no urbanizable.

En cambio, en la SAP de La Coruña (JUR 2002/198250), se absuelve al acusado de haber construido una ampliación de una vivienda en zona protegida por la servidumbre pública de protección de la zona marítima-terrestre, sin la debida licencia, consistente en un galpón adosado a una vivienda de 25,5 metros cuadrados, considerando excesivo el reproche penal por las características propias de la construcción. También se absuelve en la SAP de Alicante 25-11-2002 (ARP 2003/47) por estimar carente de antijuridicidad material, invocando los principios de insignificancia e intervención mínima, una aplicación de unos 25 metros cuadrados del altillo que tenía el inmueble preexistente y destinado a

en virtud de la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no integra el contenido del derecho a la propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva. A este respecto, el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2/2008, de 20 de junio, dispone lo siguiente:

“1. El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

2. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.”

En el Texto Refundido de la Ley de Suelo 2/2008, de 20 de junio, el derecho de propiedad del suelo se regula en los artículos 7, 8 y 9, refiriéndose la Disposición Transitoria quinta a las edificaciones ya existentes.

Con la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo ya se distinguían, por su ubicación, los suelos urbanos o urbanizables, de conformidad con la ordenación urbanística aplicable; y respecto a construcciones no procedentes según esta normativa, se dictan, en esta fecha, medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que implicarán su demolición, entendiéndose incorporadas al patrimonio de su titular.

Una vez concluida la edificación, se da por terminado el proceso de alternancia entre el cumplimiento de deberes y facultades urbanísticas; y a partir del mismo, existirá a cargo del propietario del inmueble (o de sus elementos), el deber de conservarlo adecuadamente, bien por razones económicas, sociales o simplemente estéticas.

---

vivienda, por tratarse de una mínima alteración de la situación preestablecida con ínfima o nula repercusión sobre la configuración del entorno en construcción.

Cuando se realiza una construcción o una edificación la meta es siempre su conclusión. Aunque una vez terminada no se produce una situación estática; el propietario tiene el deber de conservación del edificio que tiene su límite en la declaración de ruina, previa a la realización de las correspondientes órdenes de ejecución<sup>281</sup>.

La edificación ha de ser desarrollada atendiendo a determinados deberes como son: el plazo y la realización conforme a la licencia otorgada, de acuerdo con el planeamiento urbanístico; de esta forma, se patrimonializa el edificio construido y el aprovechamiento urbanístico creado mediante la Administración en el planeamiento. Mediante este acto se patrimonializan mediante los diferentes sujetos intervinientes, las plusvalías generadas a lo largo de todo el proceso y de manera definitiva.

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ es de la opinión de que la edificación es la meta del proceso urbano, ya que con ella se concreta y materializa la idea de ciudad que el plan urbanístico tiene. Por eso la Ley la configura como un deber de los propietarios, haciendo depender de su cumplimiento la adquisición legítima de las plusvalías generadas por el proceso entero: “ello no autoriza a olvidar la importancia de un urbanismo de conservación, cuya meta, obviamente no es la nueva edificación, sino la rehabilitación del patrimonio inmobiliario, lo que comporta como es lógico otras exigencias”<sup>282</sup>. Se refiere a obligaciones como el deber de conservación de la edificación y en especial si tiene un interés monumental.

El derecho a edificar, además de ser un derecho, constituye un deber, cuyo incumplimiento puede llevar a la reacción administrativa, establecida en la legislación urbanística -cfr., como ejemplo, los artículos 8 y 9 de la Ley del Suelo de 2007-<sup>283</sup>. En el Texto Refundido 2/2008, de 20 de junio, el derecho a edificar se ubica en el artículo 7 y el artículo 4 a) cuando se refiere a que el ciudadano tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con

---

<sup>281</sup> SANTOS DÍEZ, R. / CASTELAO RODRIGUEZ, J.: Derecho Urbanístico, op. cit., págs. 921 y 922.

<sup>282</sup> FERNANDEZ RODRÍGUEZ, T.R. : Manual de Derecho Urbanístico, op. cit. pág. 189.

<sup>283</sup> SANTOS DÍEZ, R. / CASTELAO RODRIGUEZ, J.: Derecho Urbanístico, op. cit., pág. 922.

arreglo al principio de diseño para las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje natural adecuados. Podemos entender, pues, como construcción, la edificación hasta poder denominarse como tal. Es decir, la edificación no acabada.

El artículo 319.2 del Código Penal alude a que la construcción sea no autorizable, suscitando el problema de entender cuál ha sido realmente la voluntad del legislador.

Por construcción no autorizada SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES/SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL entienden aquélla que carece de autorización, bien porque ésta haya sido denegada o bien por no existir pronunciamiento o ser éste nulo, independientemente del sentido de dicha decisión eventualmente procedente y válida. Es decir, en el mismo sentido, por no autorizable se entiende aquello que no ha sido autorizado ni pudiera llegar a serlo nunca<sup>284</sup>. Ambos supuestos quedarían equiparados como denominador común a la imposibilidad de autorización de una construcción o de una edificación<sup>285</sup>, pues resultaría contradictoria con el planeamiento: no autorizable, en todo caso.

De esta forma, en realidad, así fue como se plasmaron las propuestas contenidas en las enmiendas que alternativamente formuló en el Senado el Grupo Parlamentario Catalán de Convergencia y Unión<sup>286</sup>. La Propuesta se justificaba mediante la siguiente alegación: “en la medida en que el ordenamiento jurídico permite la legalización a posteriori de construcciones realizadas sin previa licencia ni autorización, se trata de reservar el carácter del delito para aquellos supuestos en que

---

<sup>284</sup> SAÉNZ DE PIPAÓN Y MENGES, J/ SAÉNZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, J., La ciudad, objeto de protección penal. Acerca del llamado delito urbanístico, La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pág 100.

<sup>285</sup> SAP, Madrid de 31 de Mayo de 2005.

<sup>286</sup> Las enmiendas se pronunciaron en el siguiente sentido: “Art. 315.1. Se impondrán...construcción no autorizada y no susceptible de legalización en suelo destinados...de especial protección”.

no sea posible legalizar la construcción realizada sin autorización<sup>287</sup>. En este sentido se recogía también en el artículo 39 de la Ley del Suelo de 1992<sup>288</sup>.

En otro sentido, J. BOIX REIG y C. JUANATEY DORADO opinan que los apartados del artículo 319 parten de la configuración formal del injusto, es decir la ausencia de autorización-antes de la reforma- o el carácter no autorizable de la construcción o edificación<sup>289</sup>. De la misma opinión, aunque no de una manera tan tajante es SUÁREZ GONZALEZ ya que, según el citado autor, el término “no autorizada”-anterior a la reforma- planteaba problemas a la hora de su interpretación. Abarcaba tanto las construcciones sin licencia y sin la orden de ejecución, como las realizadas en contra o excediéndose de la autorización, pues según éste, aludía a que un sector doctrinal manifiesta en lo referente a la autorización de estas construcciones, que llegan a ser problemáticas, ya que carecen de autorización, pero a su vez pueden llegar a ser legalizables, debido a que se pueden adecuar al régimen urbanístico. La interpretación estricta en esta materia abogaba la inclusión de estos supuestos en el ámbito típico, aunque parecía más acertada su exclusión desde un punto de vista teleológico. No se empleaba aquí el adjetivo “autorizable” sino el participio “autorizada”<sup>290</sup>. VERCHER NOGUERA, entiende que el legislador se refería a no autorizadas o no autorizables aunque no utilizase literalmente estos términos. Se penalizaban las construcciones no autorizadas aunque fueran administrativamente susceptibles de legalización posterior<sup>291</sup>. Y manifiestan la misma opinión DEL ARCO TORRES Y PONS GONZALEZ<sup>292</sup>.

---

<sup>287</sup> En la Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos parlamentarios, op. cit, Tomo II, pág 1740.

<sup>288</sup> “La edificación realizada sin licencia o sin ajustarse a sus condiciones pero compatible con el planeamiento puede ser objeto de legalización mediante solicitud de la correspondiente licencia en el plazo que establezca la legislación urbanística aplicable, o, en su defecto, en el de dos meses a contar desde el oportuno requerimiento, si ya se hubiese adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico. Si faltase sólo para la adquisición del mencionado derecho la realización de la urbanización, la legalización exigiría también el cumplimiento de dicho deber”.

<sup>289</sup> BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C., en Comentarios al Código penal, op. cit, pág. 1575.

<sup>290</sup> SUÁREZ GONZALEZ, C., en Comentarios al Código Penal, op cit., pág 914.

<sup>291</sup> VERCHER NOGUERA, A., en El Código Penal de 1995, op. cit., pág. 1469.

<sup>292</sup> DEL ARCO TORRES, M. A y PONS GONZALEZ, E.: Derecho de la construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales), Comares, Peligros (Granada), 1997, pág. 622.

Las dudas vinieron a ser resueltas por los Tribunales, entre los que destacan los pronunciamientos de la Audiencia Provincial de Castellón<sup>293</sup>. De la misma forma, el Auto dictado por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 2ª), núm. 255/1999 expone que la legislación penal urbanística configurada en el Código Penal de 1995 no pretende elevar a la infracción penal, la infracción administrativo-urbanística, sino solamente algunas de ellas. Los ataques más graves al suelo serán por su condición de bien colectivo o sometido al interés social que le otorga la categoría de bien jurídico protegido, digno de protección penal a esos mencionados lugares y en los cuales no sería posible la libre actuación urbanística (como última ratio del Derecho penal), respetando el Derecho Administrativo-sancionador, necesitando los criterios interpretativos para configurar los elementos del tipo.

En este contexto, el *ius variandi* supone la adopción de medidas sancionadoras en virtud de la retroactividad de la legislación favorable<sup>294</sup>. Teniendo en cuenta la lentitud de la Administración y la justicia en relación a dichas conductas de “cuello blanco”, podrá modificarse el planeamiento antes de enjuiciar dicha conducta<sup>295</sup>. Salvo en relación al suelo urbano, sobre el que la ley establece prescripciones sobre su “calificación”, el resto del suelo podemos calificarlo de urbanizable o no urbanizable. Debido a esto, se hace más sencilla la “reclasificación del suelo”, el *ius variandi* de la Administración actúa claramente atendiendo al interés público. En nuestro Estado de Derecho, mediante los Tribunales se controlan las potestades administrativas, entre las cuales se encuentra la urbanística, aunque sin incluir las opciones de planeamiento.

Los efectos que tiene la modificación a posteriori de dicha conducta que contraviene dicho planeamiento, deriva de la doctrina constitucional fijada mediante la STC 184/1992 de 16 de noviembre que avala la condonación de toda sanción. Ello es debido a que estos hechos serían despenalizados por la propia Administración al clasificar estos terrenos como terrenos urbanos.

---

<sup>293</sup> En el Auto nº 183/A/1999 de 31 de julio, dictado al resolver el recurso de Apelación nº80/1999 al interpretar no autorizadas como no autorizables, lo contrario significa penar las no autorizadas que administrativamente fuesen susceptibles de legalización posterior.

<sup>294</sup> GORRIZ ROYO, E, “La problemática de las remisiones normativas y la retroactividad de las leyes penales favorables en relación con los delitos sobre la ordenación del territorio”, en Revista de Ciencias Penales, Vol I, núm 1, Vigo, enero-junio, 1998, págs 73-99.

La retroactividad de la norma más beneficiosa, se convierte en principio general del derecho sancionador en materia urbanística. Asimismo, la doctrina se refiere a la posibilidad de un cambio en el planeamiento y la calificación de los terrenos del que forman parte desde el suelo no programado hasta el suelo urbano. Se puede producir un cambio de planeamiento, legalizando de dicha manera las irregularidades graves que se daban en un planeamiento anterior. Y esta doctrina se aplica en las materias urbanísticas afectadas, desvirtuándose la norma sancionadora, ya sea penal o administrativa<sup>296</sup>.

Por su parte, y en el mismo sentido, tenemos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 13 de julio de 1998, en la que se enjuicia una construcción no autorizada en suelo no urbanizable, como lo es un suelo rústico. En ella se aprecian las consecuencias de decenas de chalets ilegales construidos con el conocimiento y ante la pasividad del Ayuntamiento. La Audiencia consideró que el legislador, al redactar el artículo 319.2 no se encontraba exento de dificultades de interpretación, ya que por no autorizable entendemos no solo lo que no está permitido, sino lo que en un futuro estará no permitido y no autorizado. Debe reservarse la sanción penal, dado el carácter fragmentario del Derecho penal y el principio de intervención mínima, para infracciones urbanísticas graves y escandalosas sin lugar a una subsanación posterior. Se absuelve al acusado en este caso, por un delito del 319 del Código Penal, ya que ante la concurrencia de elementos referidos a la construcción podría llegarse “al absurdo de que se le condene por un delito sobre la ordenación del territorio a quien ha obtenido la preceptiva autorización” e incluso “ha construido en terreno que, aunque a posteriori, se ha calificado de suelo urbano”.

Si nos amparamos en la realidad social podemos citar Sentencias como la de la Audiencia Provincial de Alicante de 27 de diciembre de 1999, Audiencia Provincial de Palencia 13 de octubre de 1998, Audiencia Provincial de Zaragoza, de 11 de mayo de 1999, Audiencia Provincial de Jaén de 14 de junio de 2002 y Audiencia Provincial de Valencia 6 de mayo de 1999. El Auto de 13 de febrero de

---

<sup>295</sup> SAÉNZ DE PIPAÓN Y MENGES, J., SAÉNZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, J., La ciudad, objeto de protección penal. Acerca del llamado delito urbanístico, op. cit., pág. 103.

2003 núm. 42/2003 dictado por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, en el recurso de apelación núm. 39/2003 llega más lejos, teniendo en cuenta el valor de la realidad de la sociedad.

Por edificación no autorizable se entiende aquella construcción que se realiza en un lugar prohibido, no pudiendo ser legalizable de acuerdo con la normativa urbanística. Ante una recalificación del suelo, podría resultar inaplicable dicho concepto. Algunas Sentencias se refieren a la absolución como solución a este problema. Tenemos que aplicar la legislación vigente en el momento del enjuiciamiento, ya que desconocemos lo que ocurrirá en el futuro y si finalmente la obra queda legalizada procederemos al indulto. La realidad social en relación a estos casos admite, además, soluciones intermedias, ya que existen multitud de viviendas ilegales, en relación a las cuales no ha reaccionado la Administración. Esta intentará reconducir tal situación por medio de la legalización, pues de lo contrario habría que tomar decisiones o medidas que vienen a ser drásticas, que podrían trascender a la realidad social e incluso económica. En esta medida tendríamos que hacer una interpretación favorable al reo y se podría hablar de edificación autorizable<sup>297</sup>, si bien estaría excluida del tipo penal del artículo 319.

Teniendo en cuenta la citada doctrina, recordaremos el criterio que expone que “una de las consecuencias que cabe detraer del principio de unidad del ordenamiento jurídico es la imposibilidad de prohibir penalmente conductas que se hallen permitidas en otros ámbitos del mismo”<sup>298</sup> y frente al que habrá que ceder el formulado en el sentido de que un acto contrario a Derecho no puede nacer de un derecho.

---

<sup>296</sup> SAÉNZ DE PIPAÓN Y MENGES, J/ SAÉNZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, J., La ciudad, objeto de protección penal. Acerca del llamado delito urbanístico, op. cit., pág 104.

<sup>297</sup> En este sentido, y en relación a la posibilidad de legalización de obras de urbanización, recogemos esta nota del diario El País en relación al PGOU del Ayuntamiento de Marbella: “El nuevo Plan de Ordenación Urbana (PGOU) contempla un sistema de normalización que permitirá legalizar dieciocho mil viviendas que infringen la normativa urbanística...los promotores dispondrán de un plazo de dos años desde la aprobación definitiva del PGOU para entregar al Ayuntamiento los suelos compensatorios. Para la Junta este sistema permite una solución proporcionada al problema de las construcciones ilegales de Marbella y garantiza que no se exoneran los deberes urbanísticos”, 2007, en El País, sábado, 2 de junio de 2007, España, pág. 32.

<sup>298</sup> GÓMEZ RIVERO, M. C, El régimen de las autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 31 y 32.

En este sentido, la sentencia de 18 de enero de 2007, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Jaén, pone de relieve que “mayor dificultad suscita la interpretación del término sin autorización, en cuanto a que las doctrinas de las Audiencias Provinciales se dividen en torno a si hay que tener en cuenta o no al respecto la normativa que permite la legalización ulterior de determinadas obras realizadas inicialmente sin licencia”.

Efectivamente, existen varias posturas, siempre con anterioridad a la reforma operada por la Ley 5/2010. De la primera, tenemos el ejemplo de la Audiencia Provincial de Castellón de 30 de enero de 2006 que mantiene que la falta de autorización, en el momento de iniciar la construcción supone que la acción es típica, con independencia de que dicha acción sea o no autorizada de forma posterior, aunque no pudiéndose equiparar al término no autorizada que utiliza al referirse a no autorizable. El legislador ha querido otorgar más protección a ciertos espacios naturales, no solo aplicando mayor pena, no haciéndolo depender de la tipicidad de legalizaciones posteriores, y resultando esto inadmisibile, ambos términos han sido estampados en el mismo precepto. Si partimos de una interpretación sistemática se justifica igualmente el diferenciado alcance que se le da a los aludidos términos, protegiendo los tipos del suelo que gozan de un especial valor de protección, por lo que la restricción de la conducta habrá de ser en determinados casos de una mayor intensidad del quebranto o superior gravedad lesiva del bien jurídico protegido.

Un segundo sector de las Audiencias Provinciales, entre las que cabe citar una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 31 de mayo de 2005 y cuyo planteamiento se expuso con detalle anteriormente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2003, considera indudable que en el ámbito del Derecho penal tan solo se han incluido los comportamientos de mayor severidad, refiriéndose en concreto al requisito de la falta -por ausencia o por defecto- de autorización conforme a las prescripciones vigentes. Habría que examinar si se puede o no trascender, en definitiva, este requisito, ya que dicha autorización podría o no darse, tratándose de un aspecto en el que más allá de la pura tipicidad, se involucran ingredientes residenciables en la antijuridicidad de la conducta<sup>299</sup>.

---

<sup>299</sup> SAÉNZ DE PIPAÓN Y MENGES, J./ SAÉNZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, J.: La ciudad, objeto de protección penal. Acerca del llamado delito urbanístico, op. cit., págs. 106 y 107.

El análisis de este último extremo, requiere la determinación del bien jurídico protegido que se sitúa en los valores subyacentes y justificantes de la ordenación territorial y no en la contrariedad o el ataque a las prescripciones administrativas que regulan dicha materia. Existe la necesidad de que el bien jurídico protegido haya sido afectado por la conducta enjuiciada, debiendo ser sancionada dicha conducta que tras haber sido calificada como lesiva de ese mismo bien jurídico, al final aparece indemne. La exclusiva construcción sin autorización administrativa podría considerarse típica si contraviene las normas de ordenación del territorio, y no por ello reuniría los requisitos de antijuridicidad material, los cuales concurrirían en relación a los valores declarados como protegidos. La obra que se ejecuta es susceptible de legalización posterior, por lo tanto no puede conceptuarse como delictiva, ya que de esta forma se puede llegar al absurdo al pensar que se puede configurar una conducta penal por la simple falta de requisito administrativo de la obtención de licencia.

Dicha argumentación se extiende al supuesto de la construcción sin licencia, conculcando la legislación urbanística. Existe la duda racional de si la legalización de la vivienda impide adoptar un pronunciamiento condenatorio (en aplicación del principio *in dubio pro reo*), ya que no se alcanza certeza jurídica sobre la concurrencia de los elementos del tipo penal.

La utilización, en la primitiva redacción de los tipos, de los términos no autorizada y no autorizable podía inducir a confusión, ya que se puede entender que la normativa penal es mucho más restringida. De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, se opta por un concepto mucho más amplio que el de autorización, debido a que el bien jurídico preserva el buen planeamiento y cumplimiento de las normas administrativas sobre la utilización del suelo; las conductas que puedan ser conformes con a la norma general de la zona, se imputarán y resultarán impunes, independientemente de que se haya obtenido o no licencia municipal de obra o autorización.

En este punto de partida, la Ley 5/2010, como podemos observar, y ante todo, ha modificado la literalidad del precepto, expresando en la exposición de motivos la ampliación del “ámbito de las conductas típicas a las obras ilegales o clandestinas de urbanización, ya que estas pueden tener un mayor impacto sobre el territorio que las de mera construcción o edificación, a las que además suelen preceder”. Desde la entrada en vigor de esta modificación, en atención al artículo 319.1 y 2 del Código Penal actual, las obras típicas se equiparan en ambos casos, de esta forma se sustituye la referencia “construcciones” en el apartado primero y “edificaciones” en el apartado segundo, por “obras de urbanización<sup>300</sup>, construcción o edificación”. Con ello se produce finalmente la equiparación de estas obras, que se amplía en ambos casos, pues los efectos producidos por la modificación pueden compararse<sup>301</sup>. La equiparación entre ambos apartados de las conductas típicas, elimina las diferencias entre ambos, ya que ahora el único elemento diferenciador es el suelo donde se llevan a cabo.

Tras la reforma operada por la LO 5/2010<sup>302</sup>, las obras de urbanización, construcción o edificación sólo serán típicas a efectos del apartado primero y segundo del artículo 319 del Código Penal, si no son “autorizables”<sup>303</sup>, con anterioridad en el apartado primero eran “no autorizadas” y en el apartado segundo “no autorizables”. Los términos se han unificado con gran confusión hasta este momento, debido a la utilización de expresiones que incorporan el elemento administrativo al tipo, dando lugar a distintas interpretaciones por parte de la jurisprudencia<sup>304</sup>. Aunque en el número primero no se dijera nada de la posibilidad de legalizar la construcción, nada impedía que las construcciones no autorizadas en

---

<sup>300</sup> La línea marcada por el Grupo de Estudios de Política Criminal, supone una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas, op. cit., págs. 29 y 33.

<sup>301</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, 1ª edición, Bosch, 2011, Barcelona, pág. 213.

<sup>302</sup> Como propuso el Grupo de Estudios de Política Criminal, una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y conductas relacionadas, op. cit., pág. 29. También lo proponía el Defensor del Pueblo Andaluz en su Informe Especial: ordenación del territorio y el urbanismo en los informes del Defensor del Pueblo de Andalucía, Informe Especial, Sevilla, 2010, pág. 447. En la misma línea QUINTERO OLIVARES, G.: “Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 338.

<sup>303</sup> Sobre la autorización administrativa, en relación a su papel, Vid. DE LA MATA BARRANCO, N. J.: Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa, op. cit., pág. 95 y sig.

los suelos incluidos en los mismos pudieran ser legalizables y dejaran, asimismo, de ser típicas, en la medida en que con ella se pone de manifiesto la falta de afección al bien jurídico protegido, pues no cabe duda de que también éste determina las decisiones en el ámbito administrativo: el legislador penal, por lo tanto, no puede actuar a espaldas de lo actuado en el ámbito urbanístico y, si existe la posibilidad de realizar obras legalizables, lo señalara o no expresamente el Código Penal, deberíamos de admitir dicha posibilidad.

La autorización administrativa trata de conductas configuradas en uno o en dos momentos diferentes, siendo necesario adelantar la autorización obtenida con posterioridad a la conducta típica -si quiera de manera abstracta- a los momentos iniciales de la ejecución<sup>305</sup>.

La unidad del ordenamiento jurídico, obliga, por un lado a que el legislador a la hora de construir los tipos penales, no dé la espalda en el ámbito penal a lo que ha actuado el Derecho Administrativo<sup>306</sup>, y sobre el concepto de “no autorizable” de los supuestos amparados en una autorización administrativa, se ha considerado que la “mera presencia de una autorización obtenida por la autoridad competente no sirve para excluir la responsabilidad penal del agente cuya conducta venga a integrar un tipo penal”<sup>307</sup> y que a sensu contrario, la mera ausencia de la misma no convierte en no autorizables las obras realizadas.

La accesoriadad administrativa ha de ser corregida en virtud del principio de ofensividad, es una accesoriadad del acto administrativo material, con ello se eliminan los problemas de accesoriadad formal, lo que no permite, en virtud del

---

<sup>304</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, op. cit., pág. 217.

<sup>305</sup> En sentido contrario, LASO MARTINEZ, J. L.: Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal, op. cit., pág. 88.

<sup>306</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio, op. cit., pág. 163 y sig. DE VICENTE MARTÍNEZ afirma (“El esperado estreno del artículo 329 del Código Penal”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (Coord.): Estudios de Derecho ambiental. Libro Homenaje al Profesor Josep Miquel Prats Canut, op. cit., pág. 887) que la exigencia de autorización administrativa para realizar cierto tipo de actividades viene a “garantizar el uso y disfrute” de bienes jurídicos colectivos.

<sup>307</sup> MAZZACUVA, N.: “Le autorizzazione amministrative e loro rilevanza in sede penale”, op. cit., pág., 775.

principio de seguridad jurídica, proceder penalmente cuando existe autorización administrativa<sup>308</sup>.

La tipicidad o atipicidad de estas conductas se deduce desde el bien jurídico protegido<sup>309</sup>. Desde esta perspectiva, tras la inclusión en el StGB de 1980 de los delitos contra el medio ambiente, la doctrina alemana arremetió por los defectos que detectó. Entre ellos, se encontraba si había de entender como no autorizada la conducta realizada sin autorización, o si era equiparable a la realizada mediante autorización, cuyos términos se sobrepasaban así como la realizada con autorización para cuya obtención se hubieran falseado u ocultado datos<sup>310</sup>. Finalmente, la *Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität* en 1994 incluyó dichos delitos en el seno de los delitos contra el medio ambiente, lo que no era del todo necesario según ACALE SÁNCHEZ, pues basta con hacer una lectura de estos tipos penales en clave de ofensividad<sup>311</sup>. En este sentido, el Derecho Penal no puede considerar la mera realización de la conducta sin autorización como delito, antes debe comprobar si dicha conducta era autorizable, lo que pondrá de manifiesto la falta de afección al bien jurídico protegido, ya que no cabe duda de que además determine decisiones en el ámbito administrativo<sup>312</sup>. El hecho de que administrativamente se legalicen estas obras que se han comenzado a ejecutar sin licencia, previo pago de una sanción por la desobediencia a las normas urbanísticas, pone de manifiesto que nos hallamos ante una infracción puramente formal. Por ello penalmente hemos de considerar que ni siquiera para el Derecho Administrativo existe un ilícito material, entonces en este caso concreto tampoco habrá un ilícito para el Derecho Penal<sup>313</sup>.

---

<sup>308</sup> En el mismo sentido, SCHMIDT, A y SHÖNE, T.: “Das neue Umweltstrafrecht”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994/39., pág. 2514.

<sup>309</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, op. cit., pág. 219.

<sup>310</sup> Vid. TIEEDANMANN, K y KINDHÄUSER, U.: “Umweltstrafrecht-bewahrung oder Reform”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1988/8, pág. 337. KLOPFER, M., y VIERHAUS, H., *Umweltstrafrecht*, Munich, 1995, pág. 85.

<sup>311</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, op. cit., pág. 219.

<sup>312</sup> La jurisprudencia en este sentido ha sido oscilante, como la interpretación de la SAP de Almería 119/2008 de 7 de mayo (JUR 2009/7126) que ha hecho una distinción de términos entre el tipo penal anterior a la LO 5/2010 en el que las construcciones que se llevaran a cabo en el suelo protegido en el número primero, aunque fueran autorizables administrativamente, serían típicas, consagrando de esta manera los ilícitos meramente formales. En sentido contrario, la SAP de Jaén 48/2010 de 16 de abril (ARP/2010/725).

<sup>313</sup> En este sentido, el artículo 182.2 de la LOUA (Ley andaluza vigente) determina que, en el caso de las obras compatibles con la ordenación urbanística vigente, al suspenderse el acto o el uso, o en el supuesto en que uno u otro estuviera terminado, al apreciarse alguna de las conductas previstas en

Como ejemplo, podemos pensar en la recalificación urbanística del suelo, si partimos de que el urbanismo se encuentra en movimiento de forma constante, el Derecho Penal tiene que adaptarse a ello. La construcción que se lleva a cabo sin autorización puede ser posteriormente autorizada por la autoridad administrativa competente; la construcción puede llevarse a cabo sobre un suelo inedificable, durante los trabajos de construcción, pero modificando la calificación urbanística del suelo, se podrían legalizar las construcciones llevadas a cabo sobre el mismo<sup>314</sup>, previa solicitud y concesión de licencia sanatoria<sup>315</sup>. En los casos de licencias y construcciones defectuosas amparadas en licencia legal se presentan otros problemas particulares. Serían supuestos de actuación material amparada en licencia nula o anulable<sup>316</sup>, actuación material amparada en licencia válida y actuación material autorizada con posterioridad.

Sería, en el primer caso, autorizable la construcción que carezca de licencia urbanística, o bien de las licencias o autorizaciones especiales, atendiendo al lugar donde se construye o se edifica<sup>317</sup>. En los supuestos de construcción o edificación,

---

el artículo anterior, se requerirá al interesado para que inste la legalización, aun con las disconformidades no sustanciales con la ordenación urbanística aplicable, ya que resulta imposible o muy difícil su reposición. El artículo 208.2 añade por su parte, que si el hecho que es constitutivo de una infracción pudiera ser legalizado, por no resultar disconforme con la ordenación urbanística, la sanción que corresponda según el apartado anterior, se reducirá un 75% de su importe.

<sup>314</sup> Según dicho argumento, se sostiene la absolución del delito de edificación “no autorizable” del anterior artículo 319.2 del Código Penal, en la SAP de Barcelona 65/2010, de 30 de diciembre (JUR/2010/115559) en que se llevó a cabo la edificación sin autorización, se aprueba un Plan Parcial que, al ser modificada la calificación urbanística del suelo, lo convertía en edificable y por tanto, autorizable, independientemente de que por falta de acuerdo político, dicho Plan Parcial, no fuese aprobado. Según la Sentencia en este caso concreto, debe intervenir el Derecho Administrativo, cediendo en este caso el Derecho Penal.

<sup>315</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, op. cit., pág. 220.

<sup>316</sup> CATENACCI, M., y HEINE., G.: “La tensione tra diritto penale e Diritto amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell’ambiente”, en Riv. Trim. Dir. Pen. dell’Econo., 1990., pág. 930, en el mismo sentido ALIBRANDI, T., “L’indenza del rilascio della licenza nelle contravvenzioni edilizie”, en Foro Administrativo, 1977/II, pág.1664.

<sup>317</sup> SAP de Las Palmas 423/2008 de 21 de noviembre (ARP/2009/172). Los autores contaban con la autorización para realizar la actividad por parte de la Dirección General de Industria, aunque carecen de licencia urbanística. La jurisprudencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo señala en líneas generales (desde la SSTS de 26 de septiembre de 1988 (RJ/1989/5385), que la existencia de competencias concurrentes de las distintas Administraciones sobre una determinada actividad no implica que la Corporación Local pierda su competencia en orden a velar por el cumplimiento de la legalidad urbanística, por cuanto el ordenamiento jurídico regulador del medio ambiente (estatal, autonómico, local) no se detiene en lo puramente urbanístico, en sentido estricto, sino que se amplía a la total disciplina del suelo, sobre cualquier actividad, sea de urbanización o no, que debe desarrollarse a fin de preservarlo para el cumplimiento del destino que, bien por la Ley, bien por el planeamiento, se haya señalado a dicho suelo. En definitiva, no contando la actividad de trituración, machaqueo y clasificación de áridos con la preceptiva Calificación Territorial

que carece de licencia urbanística, ya que no es susceptible de legalización de acuerdo con la normativa urbanística<sup>318</sup>, protectora del patrimonio histórico artístico o de los espacios naturales, según las cualidades que se prediquen sobre el suelo en el cual se lleven a cabo las obras, la licencia en sanatoria o licencia posterior tiene carácter destipificador de la conducta<sup>319</sup>.

En dicho sentido, tenemos la SAP de Huelva de 14 de octubre de 2009 (ARP/2010/244), que señala, al igual que la Sentencia de esta misma Sala de 3 de mayo de 2007, que para aplicar el artículo 319.1 será necesario que sea además de no autorizada, no autorizable -al igual que la Sentencia de la misma Audiencia de 15 de octubre de 2009 (ARP/2010/247)- ya que se trata de un elemento del tipo que se encuentra previsto en el artículo 319.2 del Código Penal que presupone que el legislador no cuenta con la posible autorización en lugares tan sensibles como los que se enumeran en el apartado primero del artículo 319 del Código Penal, resultando contraria al planeamiento y antijurídica, lo que no va a ser siempre de esta manera (como en una zona protegida como Tarifa, donde se permiten construcciones en ciertas circunstancias y cuando concurren ciertos requisitos); además, el delito no es sólo una acción típica, sino antijurídica y que ha de lesionar el bien jurídico protegido. Si el bien jurídico es la ordenación del territorio, en el sentido de utilización racional de los intereses generales, no se podrá sostener que una construcción autorizada pero legalizable sea antijurídica pero sí podrá ser legalizable por la normativa urbanística que es aplicable al caso. La Sala entiende que la

---

del Cabildo Insular de Gran Canaria (artículo 27 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo (LCAN 2000, 90), ni, por tanto, con licencia de apertura de la actividad (Ley 1/1998, de 8 de enero (LCAN 1998, 10, 45), de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas), cuya concesión corresponde, en este caso, al Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, la referida actividad, y la construcción que la misma supone, según lo expuesto es “no autorizada”, y, por tanto, integra asimismo el tipo del artículo 319 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)”.

<sup>318</sup> Por ejemplo, el artículo 182. 3 LOUA.

<sup>319</sup> LASO MARTÍNEZ, J. L.: Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 88. Para este autor “no puede tener efectos retroactivos la legalización posterior, porque en sí misma lo que prueba es lo que no pudo legalizarse con el régimen ordinario legal, ya que si éste hubiera sido bastante sería también suficiente”. En este sentido, GÓRRIZ ROYO, E., Protección penal de la ordenación del territorio, op. cit., pág. 800. En este sentido TERRADILLOS BASOCO entiende que si la actividad hubiese sido o hubiera podido ser autorizada a posteriori, parece claro que falta la necesaria lesividad para que, normalmente, sea integrado en un tipo penal. Quien actúa en esas circunstancias incurre en simple infracción administrativa, ya que su conducta no afecta al bien jurídico protegido, o lo afecta dentro de límites penalmente tolerados. En TERRADILLOS BASOCO, J. M.: Derecho Penal de la Empresa, op. cit., pág. 37.

construcción iniciada sin licencia, no es suficiente para subsumir la conducta en el apartado primero del artículo 319 del Código Penal, se precisa, sin embargo, una actuación más grave que perjudique y perturbe el suelo, es decir su uso de forma irracional, alterando de esta manera el medio en que la construcción se desarrolla; deben rechazarse los ilícitos penales que se basan en incumplimientos meramente formales, castigándose así las conductas de verdadera importancia en relación a una conducta que resulta lesiva para el bien jurídico protegido, por lo cual se descartan las conductas de simple construcción sin licencia, cuando concurren tan sólo las infracciones que tengan la posibilidad de legalización posterior.

Tampoco la presencia de autorización administrativa excluye la tipicidad; de esta manera, si los funcionarios públicos o autoridades conceden una licencia urbanística ilegal, no ajustándose a los intereses generales, las obras que se realizan a su amparo también lo serán<sup>320</sup>. Así lo establecen, entre otras, la SAP de Palencia 108/1998 de 31 de diciembre (ARP/1998/5626), Auto de Castellón de 19 de junio (JUR/2004/1498). Los jueces deben analizar si realmente estas obras realizadas al amparo de licencia, eran autorizables<sup>321</sup>.

La concesión a posteriori de la licencia en sanatoria, era considerada, en la primitiva redacción del tipo penal, según BOLDOVA PASAMAR como “una excusa absolutoria sui generis”<sup>322</sup>. Dicho problema se podía solventar, ya que se podría recurrir a la punibilidad y eximir de pena, ventaja que nos la proporciona la teoría del delito, con la que podemos analizar secuencialmente el mismo; entendiendo que la falta de autorización administrativa era un elemento del tipo, la licencia se podía solventar con posterioridad, en sede de tipicidad<sup>323</sup>.

---

<sup>320</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, op. cit., pág. 222.

<sup>321</sup> En sentido contrario, TIEDEMANN, K.: Lecciones de Derecho Penal Económico, op. cit., pág. 186. Interpretando el parágrafo 324 StGB de contaminación de aguas, este autor señala que “es penalmente responsable aquel emitente que sin autorización, provoca una emisión necesitada de autorización o explota una instalación, aun cuando en el marco de las disposiciones jurídico-ambientales o la instalación fueran susceptibles de autorización y su hipotética solicitud de autorización hubiera sido aceptada”. Se centra, en este sentido, en la accesoriadad formal del acto administrativo, no concediendo el autor relevancia alguna al bien jurídico protegido. No comparto esta opinión, ya que el bien jurídico protegido es relevante en este caso.

<sup>322</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 143.

<sup>323</sup> En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, op. cit., pág. 223 y GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio, op. cit., pág. 778.

La consideración de la obra como autorizable o no, ha de ser valorada en el momento en que se llevó a cabo, aplicando la legislación vigente en dicho momento<sup>324</sup>, como ejemplo tenemos la SAP de Albacete 106/2010 de 19 de junio (JUR 2010//296091)<sup>325</sup>. BOLDOVA PASAMAR afirma que se debe tratar de una edificación que no sea autorizable con la legislación que se encuentra vigente tanto urbanística como del planeamiento, asimismo, no puede depender la existencia de un delito de la actuación posterior de la Administración, que deniegue o conceda autorización<sup>326</sup>. Añade ACALE SÁNCHEZ que la contravención de dichas normas “vigentes” no está castigada en el tipo del 319, sino en el 320 del Código Penal<sup>327</sup>.

Según CAPALDO, dentro de la doctrina italiana no puede ser equiparable la actuación sin licencia a la actuación con licencia que posteriormente es declarada nula. Afirma que la equiparación conduce a la violación del principio de irretroactividad y que en virtud del principio de legalidad y de taxatividad, es incompatible con la interpretación analógica dirigida a interpretar la disciplina del tipo previsto a “casos similares”, allí donde el principio de taxatividad señala exactamente el fin contrario, es decir, impedir la sancionabilidad de los hechos que no sean aquellos “expresamente” previstos por la ley<sup>328</sup>.

Los argumentos anteriores son situados, por ACALE SÁNCHEZ, en un momento histórico en el que en Italia los ilícitos urbanísticos estaban regulados por la Ley de 28 de enero de 1977 n° 10, en virtud de la cual se consideraba contravención “el inicio de las obras sin autorización”. Dichos tipos penales eran considerados ilícitos formales que se caracterizaban por la ausencia de bienes jurídicos dignos de afección y el motivo de su incriminación es el interés de la Administración en el desarrollo de la ordenación urbanística teniendo en cuenta en

---

<sup>324</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, op. cit., pág. 224.

<sup>325</sup> Sostiene que “el carácter de “autorizable” de una construcción debe analizarse desde el punto de vista del ordenamiento jurídico vigente hubo de solicitarse la licencia, no de eventuales, futuras e inciertas modificaciones del mismo”.

<sup>326</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 127.

<sup>327</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, op. cit., pág. 224.

<sup>328</sup> CAPALDO, R.: Rilevanza penale delle opere edilizie illegittimamente assentite, ed. Giuffrè, Milán, 1983, págs. 32 y 36.

cuenta lo anteriormente expuesto. Aunque esta situación vino aliviada por la Ley 45 de 1985, que modificó la anterior.

Tal situación podemos trasladarla a lo que ocurría en España, ya que si la licencia es posteriormente declarada ilegal, las actuaciones que se han declarado a su amparo son ilegales desde el momento de su otorgamiento, aunque en ocasiones se declaren posteriormente. En este caso, no existe retroactividad para el reo, tratándose de una declaración de nulidad de un acto previo que se produce en un momento posterior en el tiempo.

El argumento de la violación del principio de taxatividad no es aceptable. La urbanización, construcción o edificación de obra carece en el ordenamiento jurídico español de este principio, es no autorizable, ya que carece de autorización formal como aquellas construcciones en las que la autorización está viciada. Ello desde un punto de vista formalista, donde prima más el título que los propios efectos<sup>329</sup>.

Una vez que hemos examinado las definiciones de obras de urbanización, construcción o edificación no autorizable y lo que representan en los términos expuestos, dando lugar a una importante casuística, vista la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema, debemos destacar la variabilidad, o mejor, la tangibilidad de los mismos, conectada siempre a la normativa urbanística.

### **1.1.2. Objeto material. El suelo no urbanizable.**

Una cuestión que no es menos importante sería la del objeto material del tipo, relacionado con las clases de suelo, ya que se incriminarían solamente las obras realizadas en suelo no urbanizable, entendiendo por tal tipo de suelo configurado como tal en la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones. Existe, según un sector doctrinal, un escaso margen de actuación respecto al “suelo no urbanizable”, ya que su configuración se deriva de la Ley 6/1998, de 13 de abril sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, redactándose el Código Penal en un momento anterior, en el que

---

<sup>329</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, op. cit., págs. 226 y 227.

existían posibilidades de suelo rústico al margen de las hipótesis de los suelos de especial protección<sup>330</sup>. En la actualidad, la norma estatal es el Texto Refundido de la Ley de Suelo 2/2008, de 20 de junio, que se refiere al suelo “no urbanizable”, al distinguir, en su artículo 12, las situaciones básicas del suelo<sup>331</sup>.

Quedan fuera de estos casos, los que contengan defectos o irregularidades en su licencia, pero que no afectan a la esencia de las funciones de prevención y control de la Administración urbanística. Al aludir a que el tipo comprende conductas que se llevan a cabo sin licencia, o contrarias a su contenido, a lo que se alude, en realidad, es a supuestos de construcción en los que se pugna con las facultades de control de la Administración urbanística<sup>332</sup>. Dicha función, por otro lado, no supone que el Derecho Penal tutele meras funciones administrativas en lugar de bienes jurídicos, puesto que las facultades de control urbanístico afectan al núcleo de la legalidad urbanística, con la finalidad de constituir licencia o autorización, lo que supone el principal instrumento que se somete a la legalidad de la actividad urbanística, siendo una de las características más esenciales de la actividad administrativa. Dicho de otro modo, la Administración debe limitarse a comprobar la conformidad de la actividad planificada por el solicitante con las normas aplicables.

---

<sup>330</sup> GÓMEZ MARTÍN, V.: “El delito urbanístico...” op. cit., pág. 79.

<sup>331</sup> Este artículo dispone lo siguiente: “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: 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. 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”.

Como tuvimos ocasión de comprobar, el objeto material incluido en el tipo comporta un reenvío normativo a los instrumentos de planeamiento, a las normas subsidiarias y complementarias, así como en su caso, a la normativa urbanística vigente en cada Comunidad Autónoma. Y una de las primeras cuestiones a tratar es la de si cabe realizar algún tipo de obras de urbanización, construcción o edificación en suelo no urbanizable. La regla general es que no pueden ser llevadas a cabo, pero la normativa sectorial admite algunas excepciones. En este sentido, en caso de la Comunidad Autónoma andaluza, es posible realizar edificaciones en suelo no urbanizable, siempre que sean acordes con la naturaleza y destino del suelo e igualmente respeten los límites legales o los derivados del planeamiento<sup>333</sup>. En consecuencia, puede decirse que la legislación urbanística permite llevar a cabo en suelo no urbanizable determinadas edificaciones: en general aquellas que estén acordes con el uso natural no urbano, de los terrenos. Pero, en cualquier caso, la normativa administrativa se suele remitir a las eventuales limitaciones o prohibiciones que se puedan establecer en la legislación sectorial o en el planeamiento urbanístico.

A parte de estos casos excepcionales, deben entenderse por obras “no autorizables” aquellas que aunque sean acordes con el planeamiento, vulneren los límites legales impuestos al mismo (por ejemplo: edificaciones que inducen a la formación de nuevos asentamientos ya que por sí mismas o por su situación respecto de asentamientos residenciales o de otro tipo de usos de carácter urbanístico, son susceptibles de generar demandas de infraestructuras o servicios colectivos, impropios de la naturaleza de esta clase de suelo). Ello significa que la remisión del artículo 319 del Código Penal a los instrumentos del planeamiento es condicional, esto es, presupone que los mismos respetan la legalidad vigente, pues de lo contrario, carecerían de legitimidad para integrarse en el supuesto de hecho de la norma penal.

---

<sup>332</sup> Cfr. MELLADO RUIZ, L. / PÉREZ FERRER, F.: “Algunas reflexiones sobre el “nuevo” Derecho urbanístico en el proyecto de ley estatal del suelo: desarrollo urbanístico sostenible y protección penal”, op. cit., pág. 129.

<sup>333</sup> Así, el artículo 52, en relación al artículo 50, de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, de 17 de diciembre de 2002, que por ejemplo, permite el levantamiento de una vivienda unifamiliar aislada, cuando esté vinculada a un destino relacionado con fines agrícolas, forestales o ganaderos.

Pero, la interpretación de lo que debe de considerarse como desarrollo de obras no autorizables en suelo no urbanizable conecta con otro problema mucho más crítico que ha conducido a soluciones contradictorias en la jurisprudencia menor. Nos referimos al enjuiciamiento de los casos en los que la obra vulnera el planeamiento urbanístico en el momento de llevarse a cabo, pero está en tramitación una modificación del mismo que acaba por legalizar lo proyectado. La pregunta que debe de contestarse es si para la apreciación del delito, debe tenerse en cuenta únicamente la vulneración del planeamiento vigente en el momento de la comisión del delito o sí para la valoración de éstos, es necesario tener también en cuenta la posible legalización final de la obra ejecutada.

Optando de esta manera por la solución más rigurosa y severa con el acusado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 22 de diciembre de 2006 sostuvo lo siguiente : “este elemento del tipo ha de atenerse necesariamente a la ilegalidad de la edificación en el momento en el que se realiza, de modo que no basta que se haya levantado sin licencia, y que se haya hecho en suelo no urbanizable, sino que es necesario que, además, sea contraria a la legalidad urbanística objetiva vigente en ese momento, y que por ello, no hubiera sido posible su autorización”. Más recientemente fue enjuiciado, un caso en el que el Ayuntamiento había modificado el PGOU que legalizaba las obras, pero cuya obra definitiva estaba todavía pendiente de aprobación por el órgano administrativo autonómico; en relación al mismo, señala la Audiencia en su sentencia de 25 de junio de 2008, que la tramitación del plan no suministra vigencia normativa, y que la aprobación por la Corporación local es meramente provisional, quedando supeditada su aprobación definitiva.

En una dirección opuesta y más benévola con estos casos, se manifiestan, en cambio otras resoluciones judiciales. El Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 30 de mayo de 2005, mantuvo que el precepto únicamente acoge “edificaciones “no susceptibles de ser legalizadas”, extremo éste que no encontramos en el supuesto analizado, dado que la zona donde se ejecuta la edificación va a sufrir en cambio con las futuras Normas Subsidiarias que están pendientes de aprobarse, con lo que en ese momento la edificación sí que podría probablemente ser considerada como autorizada. Por consiguiente, es más discutible que la edificación no sea autorizable”. En la misma línea más cercana en el tiempo, la Sentencia de la Audiencia Provincial

de Córdoba de 22 de mayo de 2009 argumenta que “no se trata de una edificación aislada, sino de una parcela integrada en una zona, donde hay una gran cantidad de parcelas ya edificadas, que es evidente que han sido llevadas a cabo sin que la Administración haya reaccionado eficazmente en ningún sentido. En estas circunstancias es evidente que hay que pensar necesariamente, en que dichos poderes públicos tienen que adoptar alguna fórmula, que permita reconducir esas situaciones a las vías legales, pues lo contrario implicaría, tomar medidas drásticas, como podría ser la demolición, que nada podría solucionar ante la trascendencia social y económica que tiene el problema. Parece ser que esta línea es la que sigue el Ayuntamiento de (...), que de cara al futuro PGOU va a considerar que los terrenos que nos ocupan como urbanizables”.

Nosotros, en el sentido marcado por OLMEDO CARDENETE, no somos partidarios de dicha línea jurisprudencial, debido a varias razones. La primera se debe a que la propia inactividad de la Administración en el ejercicio de la actividad inspectora y disciplinaria en materia urbanística no puede condicionar la situación jurídico-penal al caso. Este razonamiento olvida que la Administración pública no es un fin en sí mismo, sino que su actividad debe perseguir siempre con objetividad los intereses generales (según el artículo 103 de la Constitución Española). Por lo tanto, que coyunturalmente, por las razones que sea, el Ayuntamiento o la Comunidad Autónoma, es óbice para entender que unas u otras obras (o toda una urbanización), han sido efectivamente ejecutadas con abierta vulneración del planeamiento vigente en el momento de realización de los hechos. La pasividad del Ente público no cambia desde luego la valoración de los hechos. Tampoco la “trascendencia social y económica” del problema puede subordinar la decisión técnica y político-criminal más adecuada. Al revés, estos son indicios que apuntan a la mayor gravedad de los hechos a enjuiciar, con lo que la respuesta penal está, aún más si cabe, más que justificada. Finalmente, y esto es seguramente lo más preocupante, es que la solución ofrecida puede tener efectos claramente criminógenos que fomentan la proliferación de estas conductas, pues a la par que transmiten un mensaje de impunidad, pueden ser idóneos para promover la connivencia de las autoridades competentes para conseguir una “regulación urbanística” de algo que desde su inicio era completamente ilegal. La integración, pues, de la norma penal en blanco, por la

normativa administrativa debe seguir estando regida por la máxima *tempus regit actum*.

Debe advertirse, además, que el delito no se perpetra por el simple hecho de acometer la obra correspondiente sin haber obtenido la licencia oportuna. Lo determinante es la calificación objetiva que habría obtenido en caso de haberse solicitado de acuerdo con la interpretación de las normas urbanísticas vigentes y aplicables al caso concreto. Como consecuencia, aquellas obras clandestinas que hubieran obtenido licencia, si ésta se hubiera solicitado debidamente, no entran dentro de la órbita de aplicación del tipo y quedan relegadas al ámbito administrativo-sancionador<sup>334</sup>.

### 1.1.3. Sujetos.

En general, son sujetos de todo delito tanto el sujeto activo de la infracción como el pasivo, que es el titular del bien jurídico protegido por la concreta modalidad delictiva típica y que ha resultado ejecutada, bien directamente sobre él, bien sobre persona o cosa interpuesta<sup>335</sup>.

Por lo que se refiere a los sujetos activos del delito, y que puedan ser los “promotores”, “constructores”, o “técnicos directores”, se han suscitado ciertas dudas acerca de si han de ser “profesionales”<sup>336</sup>, ya que estos términos resultan amplios y flexibles y este hecho incrementa la dificultad que ya de por sí presenta el delito<sup>337</sup>. En este sentido, lo correcto será delimitar conceptualmente dichas figuras, a lo que ha contribuido la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación

---

<sup>334</sup> OLMEDO CARDENETE., M., “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente (I) Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, en MORILLAS CUEVA., L., Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial., págs. 701, 702 y 703.

<sup>335</sup> BLANCO LOZANO, C.: El delito urbanístico, op. cit., pág. 80.

<sup>336</sup> VERCHER NOGUERA, A.: “Constructores, promotores y técnicos directores en los delitos contra la ordenación del territorio a la luz de la reciente jurisprudencia penal”, en Actualidad Jurídica Aranzadi, 357, 1998, págs. 1 y ss.

<sup>337</sup> MARTÍN HERNÁNDEZ, P.: “Las personas responsables de las infracciones urbanísticas”, en Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, 81, 1983, pág. 105 y GÓMEZ MARTÍN, V.: “El delito urbanístico (artículo 319 CP): ¿Delito común o especial?”, en Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, 223, 2006, pág. 16 y ss.

(en adelante LOE), que en su artículo 9.1 considera promotor “a cualquier persona, física o jurídica, pública o privada que individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”<sup>338</sup>. Igualmente, surgen problemas a la hora de delimitar la figura del técnico director. Si acudimos al artículo 13 de la LOE nos encontramos con que “técnico director” es la persona que asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado. No obstante lo anterior, el juez goza de autonomía para establecer los conceptos sobre los cuales se delimita la esfera de los sujetos activos del delito<sup>339</sup>. Por ello, la mayoría de la doctrina considera que el delito contemplado en el artículo 319. 2 del Código Penal es un delito especial<sup>340</sup>, que solamente puede ser realizado por dichos profesionales de la construcción, ya que el término se emplea de una forma acotada al describir en la LOE a estos profesionales.

De haberse empleado otra forma más genérica, en este delito, se hubieran evitado problemas interpretativos y aplicativos que surgen al respecto y en relación a la participación criminal, sin modificar de manera sustancial el ámbito de los posibles autores del delito<sup>341</sup>. Sin embargo, y en otro sentido, el Consejo General del Poder Judicial ha afirmado que “si no se acota el círculo de sujetos activos al ámbito de los empresarios y profesionales y prescinde del grave daño a los intereses

---

<sup>338</sup> Dicho concepto es analizado en GARCÍA CONESA, A.: *Derecho de la Construcción*, Barcelona, 2008, pág. 52 y DEL ARCO TORRES, M. A y POS GONZÁLEZ, E.: *Derecho de la construcción (aspectos administrativos, civiles y penales)*, Granada, pág. 103 y ss.

<sup>339</sup> MORALES PRATS, F.: “Artículo 319 del CP”, op cit., pág. 672, y también en este sentido ALONSO ÁLAMO, M.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, 17 (1997), págs. 73 y ss.

<sup>340</sup> DOMÍNGUEZ LUIS, J. A y FARRÉ DÍAZ, E.: *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, Valencia, 1998, pág. 110; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995”, en *Actualidad Penal*, 15, 1998, pág. 316 y ACALE SÁNCHEZ, M.: “De los delitos sobre la ordenación del territorio”, TERRADILLOS BASOCO, J. M. (coord.), Sevilla, 1998, pág. 123. De diferente opinión es MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...op. cit.*, págs. 570 y ss., quien, a pesar de lo dispuesto en la LOE, parece encuadrar el precepto en los delitos comunes, ya que se trata de describir funciones; dentro de los sujetos activos del delito incluiría o sería posible incluir a cualquier particular que realice las actividades contenidas en este delito, pero la mención de técnicos directores supone una exigencia de profesionalidad, aunque solamente sea exigible a dichos profesionales de la construcción.

<sup>341</sup> CARMONA SALGADO, C.: “Delitos sobre la ordenación del territorio...”, op. cit., pág. 658.

protegidos por el planeamiento urbanístico, la esfera de las conductas punibles resulta desmesurada”<sup>342</sup>.

El texto legal presenta dudas interpretativas acerca de quiénes son los sujetos activos del delito. La cuestión fue resuelta por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26-6-2001, al considerar que frente al técnico director, cualquier particular sin condición o cualificación de ningún tipo puede erigirse en promotor de una obra y por lo tanto, como sujeto idóneo capaz de acometer las obras ilegales prohibidas por el tipo penal. Estamos por lo tanto, según OLMEDO CARDENETE en presencia de un delito común.<sup>343</sup> La sentencia referida, como hemos adelantado, se pronuncia, claramente, en un sentido ampliatorio del ámbito de punibilidad “mientras que tanto el proyectista como los directores precisan estar en posición de la correspondiente titulación académica y profesional habilitante, será considerado promotor cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente decide, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, la obra de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título, sin exigencia de titulación alguna, mientras que el constructor que asume contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato, deberá tener la capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor. Ello significa que sólo los técnicos deben poseer la relación que profesionalmente les habilite para el ejercicio de su función, mientras que el promotor, sea o no propietario, no precisa condición profesional alguna, y los constructores la mera capacitación profesional”<sup>344</sup>.

En contra, se argumenta mediante la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009, la existencia de resoluciones de varias Audiencias Provinciales que caminan en sentido opuesto al expresado; que los sujetos activos del delito del artículo 319 del Código Penal se refieren a los constructores o promotores

---

<sup>342</sup> Vid. referencias al Informe del Consejo General del Poder Judicial en relación al Anteproyecto de Código Penal de 1992.

<sup>343</sup> OLMEDO CARDENETE, M.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente (I). Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit., pág. 698.

y no indiscriminadamente al que construya o al que promueva; que constitucionalmente está prohibida la analogía *in malam partem* y la interpretación extensiva perjudicial para el reo; que asimismo, el Consejo General del Poder Judicial y la tramitación parlamentaria, como precedentes legislativos, revelan que la voluntad del legislador era restringir a los profesionales la esfera de los sujetos activos; que esa restricción es la consecuencia del principio de intervención mínima, y que, finalmente, sólo al profesional le es especialmente reprochable la conducta más grave de no fijar la atención en la legislación urbanística en el caso concreto o de actuar con indiferencia a ella, únicamente el profesional es considerado sujeto idóneo para cumplir el deber especial. A pesar de todas estas razones en contra, sin embargo, tanto la mayoría de las resoluciones dictadas por la jurisprudencia menor como de la desarrollada por el Tribunal Supremo confirman la línea expansiva del precepto al interpretar que cualquier persona puede ser considerada “promotor” de las obras ilegales tipificadas en el artículo 319 del Código Penal.

Dicho criterio se respalda también extrapenalmente, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 28/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que afirma que promotor es también el particular que encarga y financia la obra, sin que ni el tipo penal ni la norma administrativa exijan específicamente condición profesional alguna. En este sentido el artículo 9 de dicha ley dispone que será “considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, privada o pública, que individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”.

Los artículos 10 a 13 de la Ley 28/1999 también suministran una definición de los conceptos de proyectista, constructor, director de obra y director de la ejecución de la obra, que resultan de utilidad para la determinación del sentido y alcance del resto de los sujetos activos a que se refiere el tipo.<sup>345</sup> Vamos a realizar, sin embargo, algunas consideraciones generales sobre los sujetos activos, antes de descender a un examen más pormenorizado de los conceptos concretos

---

<sup>344</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 26-6-2001.

En nuestra opinión, nos encontramos ante un delito común, a pesar de que según el artículo 319, para considerarse sujeto activo, se alude a los términos “promotor, constructor o técnico director”.

El Proyecto de 1992, recogía los delitos relativos a la ordenación del territorio como delitos comunes (susceptibles de ser cometidos por cualquier particular), aunque según BOLDOVA PASAMAR, permitía albergar la duda de si la mención especial los convierte en delitos especiales<sup>346</sup>. En los anteriores Proyectos de Código Penal, se alude al término empresario en lugar de constructor. En el artículo 57.1 Reglamento de Disciplina Urbanística se hace referencia al término empresario de las obras, cuando se refiere a los responsables de las infracciones urbanísticas, junto al promotor y al constructor. Mientras que la responsabilidad administrativa sería conjunta, la responsabilidad penal sería individual y personal respecto al injusto y a la culpabilidad, que es independiente en relación a cada uno de los sujetos activos en particular.

La utilización de un término u otro, según ACALE SÁNCHEZ, se debe a la falta de seguridad que encierra la referencia al empresario de las obras, siendo mejor aceptada la que se refiere a la persona física que dirige la empresa de obras<sup>347</sup>. Pese a lo anteriormente dicho esta persona ha de ser un empresario. El término “constructor” supone una ampliación del ámbito de la responsabilidad penal.

En función del tipo y complejidad de la construcción y edificación, el elenco de posibles autores se amplía. Pueden concurrir una pluralidad de sujetos activos, es decir dos o tres pertenecientes a cada una de las categorías especiales de la autoría<sup>348</sup>. Estas cualidades delimitan la autoría en un criterio material y no necesariamente formal (si han de ser o no profesionales no se especifica por el momento).

---

<sup>345</sup> OLMEDO CARDENETE, M.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente (I) Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, op. cit., págs. 698 y 699.

<sup>346</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 103.

<sup>347</sup> Vid. el artículo 57.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por el Real Decreto 2187/1978 de 23 de junio por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen de Suelo y ordenación urbana.

<sup>348</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit., pág. 24. A favor del término finalmente empleado por la ley, cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: Delitos relativos a la ordenación del territorio en el Código Penal de 1995, op. cit., pág. 316.

Los únicos que podrían realizar el delito urbanístico, son el promotor, constructor o el técnico director debido a que sólo a ellos se les reconoce dominio social típico, es decir, son los que cuentan con la capacidad para lesionar el bien jurídico protegido. La relevancia del bien jurídico-penal del hecho queda restringida en un determinado ámbito social. No obstante, podemos considerar que estamos ante un delito común, ya que el promotor, en principio, pero no siempre, es la persona que autoriza la construcción, desde el punto de vista económico y jurídico, pudiendo o no comercializar el inmueble, siendo una persona física, ya que según BOLDOVA PASAMAR las personas jurídicas no pueden delinquir<sup>349</sup>-se refería, claro está, al Código Penal de 1995-. A partir de la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, esto ha cambiado y las personas jurídicas pueden ser sujetos de la responsabilidad penal como sujetos activos que delinquen, y en particular, sujetos activos de los delitos urbanísticos.

En la Ley 2/2002 de 14 de marzo, de Urbanismo, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, la responsabilidad por infracción urbanística diferencia promotor de propietario, considerando promotor a los agentes, gestores o impulsores de la actuación, si no lo son los propietarios. Se podía, así, interpretar que en Cataluña los propietarios de los terrenos no responden nunca de los delitos urbanísticos, ya que legalmente no se les considera promotores. La figura infractora coincide con la del promotor. Existe autonomía en el Derecho Penal, sin riesgo de vulnerar el principio de igualdad ante la ley penal debido a la variada legislación autonómica y las diversas definiciones para deducir la responsabilidad administrativa, no penal. El promotor tiene la obligación de gestionar y obtener las licencias y autorizaciones administrativas (artículo 10.2 c) de la Ley de Ordenación de la Edificación), circunstancia de especial relevancia en el delito del artículo 319.1 del Código Penal, condicionado a la ausencia de autorización. Estas tareas, mediante delegación, pueden ser ejercidas por terceros, constructor o técnico director pese a que la autoría no varía, ya que se trata de mandatarios o empleados del promotor, en ningún caso pueden ser éstos los promotores en el sentido del término.

---

<sup>349</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 105.

El constructor es la persona física o jurídica que se encarga de la ejecución de la obra inmobiliaria; generalmente la persona que encarga o encomienda la obra es el promotor y/o el propietario de dicha obra. En ocasiones se trata de la misma persona que puede ser el propietario del suelo. A veces intervienen albañiles, encofradores... que aunque carecen aparentemente de responsabilidad, técnicamente podrán ser considerados como partícipes; además, se puede incluir al contratista en el concepto de autoría, quedando estas profesiones desvinculadas de cualquier titulación que se pueda relacionar. La Ley de Ordenación de la Edificación exige la característica de que el constructor tenga una titulación, aunque alternativamente basta con que se encuentre capacitado y habilitado para actuar como constructor (artículo 11.b)); es por ello que alternativamente, no se exige capacitación alguna, solamente la profesional.

Se puede partir de esta Ley de tipo administrativo y civil, para configurar los “agentes de la edificación” -constructor y promotor-, fijando sus obligaciones con la finalidad de así cubrir las responsabilidades y garantías que los usos tienen según el artículo 1 de la Ley de Ordenación de la Edificación<sup>350</sup>. De esta manera sus prescripciones no serán de utilidad si agente de la edificación y usuario coinciden en la misma persona.

La tercera forma de autoría es la de técnico director que comprende arquitectos e ingenieros técnicos y a sus superiores. Respecto a todos ellos surge la duda de si se pueden ejercer actos de dirección<sup>351</sup>, como ejemplo se distinguía en el Proyecto de 1983 entre el técnico y el director de obra, éstos, tienen facultades para redactar proyectos y firmarlos, cuando tengan como objetivo la realización de una

---

<sup>350</sup> Vid. el artículo 11.b) LOE. Es preciso tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor.

<sup>351</sup> Vid. el artículo 1 LOE: “1. Esta Ley tiene por objeto regular en sus aspectos esenciales el proceso de la edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso, así como las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del mismo, con el fin de asegurar la calidad mediante el cumplimiento de los requisitos básicos de los edificios y la adecuada protección de los intereses de los usuarios.

2. Las obligaciones y responsabilidades relativas a la prevención de riesgos laborales en las obras de edificación se regirán por su legislación específica.

3. Cuando las Administraciones públicas y los organismos y entidades sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones públicas actúen como agentes del proceso de la edificación se regirán por lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas y en lo no contemplado en la misma por las disposiciones de esta Ley, a excepción de lo dispuesto sobre garantías de suscripción obligatoria”.

construcción. La Ley al respecto no impone que tengan límites por objeto la construcción<sup>352</sup>. La Ley solamente limita la posibilidad de dirección técnica de sus proyectos a su titulación; por ello, determinadas obras no precisan de proyecto técnico arquitectónico.

A partir de la Ley de Ordenación de la Edificación, se establecen las competencias precisas en relación a la naturaleza y uso principal de la edificación<sup>353</sup>. Si se produjera el caso de existir varios técnicos y uno o más ejercen la dirección, la jurisprudencia entiende que serán responsables éstos en concepto de autoría. Se puede acudir a la complicidad en los casos en los que no se ha ejercido la dirección, pero desde el plano técnico han intervenido en las actuaciones constructivas. La Ley de Ordenación de la Edificación diferencia entre director de obra y de ejecución aunque es cierto que puede tratarse de la misma persona e incluso puede coincidir con el proyectista, y en principio dicha conducta no supondrá ningún tipo delictivo.

Si se trata de personas diferentes responderán como técnicos directores desde la perspectiva penal. Aunque esta regulación administrativa no incluye al Derecho Penal, lo importante en verdad no es la concreta titulación que habilita al sujeto, sino la función que éste desempeña en la obra. Por ejemplo, si es un aparejador, éste será el que material y verdaderamente dirige la obra, y responderá como director técnico, aunque se haya excedido en este caso de sus competencias profesionales.

Existe una discusión acerca de si promotor y constructor han de ser profesionales, lo que en el caso de técnico director no cabe duda alguna. Ello se debe a que nos encontramos ante un delito especial “en sentido formal”, no considerándose conveniente que se responda como delito común, aunque, ciertamente, y en sentido material, se abre a cualquier persona esta posibilidad, siempre que desempeñe las referidas funciones. La postura en sentido restrictivo conllevaría una cadena de disfunciones. Es indudable que junto a la inhabilitación especial, se han establecido penas comunes que pueden ser susceptibles de cumplimiento por cualquier persona, sin olvidar la inhabilitación especial para

---

<sup>352</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 106.

<sup>353</sup> Vid. la Ley 12/1986, de 1 de abril reguladora de la actividad profesional.

profesión u oficio del penado y la facultad de ejercer la profesión de referencia durante el tiempo que dure la condena<sup>354</sup>.

Debido a la falta de unificación de la doctrina jurisprudencial, la decisión en torno al carácter profesional o no del autor ha variado en función de la Audiencia Provincial de turno. La profesionalidad del sujeto activo se exige en diversas sentencias y el Código Penal de 1995, reflejándose en ellas el acotamiento del círculo de sujetos activos, a diferencia de lo que ocurre en el Proyecto de 1992, que prescindía de la limitación de autoría<sup>355</sup>. Por esta razón el Consejo General del Poder Judicial motiva la crítica de su informe a dicho Proyecto al señalar que “sería autor del delito el particular que por sus propios medios se construye en suelo no urbanizable una chabola de segunda residencia (supuesto muy frecuente en algunas zonas), o el que instala sin autorización un chiringuito playero con cierta permanencia”<sup>356</sup>.

Dicho criterio del Consejo General del Poder Judicial resulta bastante endeble, ya que la autoría podía resultar compatible con la construcción de chiringuitos y chabolas, pero a su vez estos carecen de entidad para ser constitutivos de delito urbanístico, puesto que éste no se debe a quien construye sino a lo que resulta de dicha construcción. Sin embargo, las construcciones en suelo no urbanizable, adquieren mayor transcendencia ya que estas segundas residencias son más frecuentes en determinadas partes del territorio. Ello es debido a que se produce una conducta ilícita, que el Derecho Administrativo no impide, pero a su vez tampoco permite<sup>357</sup>.

Tras años de vaivenes en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, destacan los esfuerzos del Tribunal Supremo por hacer una interpretación extensiva de figuras como la del “promotor” y “constructor”, obteniéndose resultados, y en el momento actual no se hace un razonamiento absolutorio por parte de las Audiencias Provinciales. Como ejemplo más característico, las SSTS 26/06/01 (RJ 2002, 4521) y

---

<sup>354</sup> Vid. los artículos 10,12 y 13 LOE.

<sup>355</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, ed. Atelier, Barcelona, 2007, pág. 109.

<sup>356</sup> Vid. el Proyecto de 1992.

<sup>357</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 110.

14/05/03 (RJ 2003, 3905) propician la consolidación de dicha tesis extensiva de la autoría (art 1.6 Código Civil)<sup>358</sup>; en virtud de esta tesis, solo el técnico director ha de ser profesional para poder formar parte de los sujetos activos de los delitos urbanísticos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, destaca la Ley de Ordenación de la Edificación como norma que da lugar a la interpretación. Dentro de esta norma solo se exige la condición de profesional para el técnico director y no para el promotor o para el constructor en sentido constitutivo, sino de forma meramente declarativa, no diferente a la realidad social, lingüística o normativa que existía con anterioridad a la misma; por lo que cualquier persona puede promover o construir infringiendo la normativa.

El Derecho Penal, desde mi punto de vista, no ha de ser accesorio siempre y en todo lugar respecto al Derecho Administrativo, por lo cual no resultan admisibles las diferencias sobre los conceptos en las condiciones del promotor o en la construcción que se derriba, y que en algún caso pueden derivarse de las legislaciones autonómicas. Es por ello que el Derecho Penal puede construir su propio concepto de forma autónoma para la autoría, que se puede fijar además conforme a la normativa estatal. Aunque pueden existir algunas contradicciones, en dicho caso, entre los objetos que pretende alcanzar la normativa administrativa y la finalidad a la cual se orienta la norma penal (en el caso de la administrativa se orienta a la protección del usuario frente a las edificaciones y en el caso de la penal no se orienta en este sentido, sino que su finalidad consiste en perseguir al usuario del suelo aunque éste coincida con el usuario de la edificación)<sup>359</sup>. Debido a esta

---

<sup>358</sup> Según el artículo 1.6 del Código civil, la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

<sup>359</sup> Cfr. la STS 26/06/01 que, tras repasar las definiciones legales de la autoría contenidas en la LOE, dice de forma literal: “Ello significa que solo los técnicos deben poseer la titulación que profesionalmente les habilite para el ejercicio de su función, mientras que el promotor, sea o no propietario, no precisa condición profesional alguna, y los constructores, la mera capacitación profesional. Y esta situación posterior a la entrada en vigor de la Ley referida no es distinta a estos efectos de la existente con anterioridad a la misma, lo que significa que la cualidad profesional no pueda predicarse de promotores y constructores, con independencia, en relación a estos últimos, de su responsabilidad fiscal o administrativa por falta de capacitación”. Igualmente, la STS 14/05/03, abordando la definición del promotor en la LOE destaca expresamente “ Pero ocurre que al pronunciarse así la Ley no constituye esta figura, sino que se limita a tomarla de la realidad preexistente en la que ya cualquiera podía promover, es decir, tomar la decisión de llevar adelante,

situación, la doctrina de forma mayoritaria hace una interpretación funcional de los conceptos, de manera que sean considerados sujetos activos del delito los que se dedican a la promoción o a la construcción (promotores o constructores), pese a que no sean profesionales y actúen como tales para su propio beneficio (que sería el caso más frecuente). Aun cuando no sea la voluntad inicial del legislador histórico, se incluye el fenómeno de la autoconstrucción y autopromoción (quien promueve la construcción para su propio beneficio, con o sin cualidad profesional para ello, pero que a su vez puede encargar su responsabilidad a un tercero). Desde un punto de vista objetivo e independientemente de las dimensiones cualitativas de la construcción o edificación, el bien jurídico protegido resulta lesionado igualmente cuando sea un promotor o constructor ocasional el que realice dicha conducta<sup>360</sup>.

Antes de la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, existe o puede existir, debido a esto, un contrasentido legal, ya que en estos delitos se puede castigar al particular dedicado a la construcción pero no a las empresas (ya que éstas responderán vía administrativa), de forma que dichos delitos se relacionarían con la criminalidad de cuello blanco. Además, en este delito se puede implicar a la propia Administración pública, ya que ésta podrá actuar como promotora, al igual que las promotoras. Como persona jurídica carece de responsabilidad penal pero a su vez tampoco tiene responsabilidad administrativa, en dicho caso serían responsables solamente las personas físicas que actúen en lugar de ellas. En el ámbito de la autoría si no se partiese del concepto de dominio social del hecho, quedarían incluidos, además, en el ámbito de la autoría los trabajadores de la construcción que cumplen el perfil de la profesionalidad, pero quedan excluidos penalmente en el concepto de partícipes, siempre al margen de la ausencia de dolo en el ámbito de la inexigibilidad. Al igual que resulta necesaria la interpretación para las personas físicas, en cambio para las empresas y personas jurídicas, en general, la irresponsabilidad penal se deduce de la ley y mediante el artículo 31 del Código Penal se hace responsable a la persona física sin necesidad de interpretación alguna. Un proceder sin muchos resultados, si lo que se pretendía era determinar nuevas

---

financiándola, una obra. Porque el vocablo “promotor”, no es técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente y sirve el uso habitual, para denotar toda iniciativa de ese género, y no sólo en el ámbito inmobiliario”.

<sup>360</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 113.

formas de delincuencia, por ello según BOLDOVA PASAMAR, se tendría que haber reconocido responsabilidad penal directa a las personas jurídicas en general, que en cambio tendrá las consecuencias accesorias del artículo 129, en caso de tratarse de delito urbanístico<sup>361</sup>. Esta opinión se mantenía, como decimos, antes de la reforma de la LO 5/2010 de 22 de junio.

El autor del delito no tiene, pues, que poseer cualidad profesional, salvo el técnico director. Los verbos utilizados en relación a la conducta tipificada, además, son muy genéricos y abiertos cuando se refieren a la construcción y edificación. Por otra parte, como es evidente van ligados a la condición de promotor, constructor o técnico director que son las figuras que poseen el dominio del hecho. De esta forma se interpretan los verbos típicos y de esta manera, con carácter general, dejamos de considerar autor a todo el que se dedica indirectamente a la edificación o a la construcción, como ejemplo los albañiles, que estarían cometiendo un delito solamente como “delito formal”, ya que se trata de profesionales de la construcción que no tienen dominio material del hecho, por ello se podría, en su caso, considerar como un caso de cooperador necesario.

Debido a ello, excluiríamos asimismo, por la autoría y los verbos que se tipifican, a los jefes de obra y suministradores de productos como los proyectistas (no intervienen en la ejecución de dicha conducta tipificada como delito), al igual que los técnicos subordinados al técnico director de obra, aunque el mismo sea colaborador en dicha fase ejecutiva del delito. Asimismo, queda fuera la persona que incita, ampara o favorezca el delito urbanístico cometido por terceros, que podrían incluirse, además, en el grupo de personas que promueven los delitos urbanísticos, ya que ello no los convierte en promotores en el sentido típico de los delitos urbanísticos<sup>362</sup>.

El sujeto activo de este delito, es un particular en cuanto que no ostenta el cargo de funcionario público, sino que es cometido por promotores, constructores y técnicos directores. Se trata de un delito común, a mi entender, porque, aunque se configura en la descripción típica de los delitos, como una persona caracterizada en

---

<sup>361</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 115.

<sup>362</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 117.

virtud de una cualidad que ostenta, ya que se habla en el artículo 319 de constructores, promotores y técnicos directores, sin embargo, no cabe duda de que los particulares, sean personas físicas o jurídicas, pueden promover y construir sus propias obras, sin unas exigencias técnicas que el texto normativo que tipifica el delito urbanístico tan sólo exigiría, expresamente, para referirse al posible “director” de las obras.

Parte de la jurisprudencia española, que considera al delito como “especial”, no es unánime respecto a si se trata de un delito especial propio cometido de propia mano o no, aunque según BLANCO LOZANO, son mayores las resoluciones que abogan por la interpretación que éste defiende, es decir la consideración de delito urbanístico cometido por particular en cuanto delito especial propio<sup>363</sup>.

De esta manera entienden que se trata de un delito especial propio cometido por un profesional: constructor, promotor o técnico director, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid de 1 de diciembre de 1998<sup>364</sup>, la Audiencia de Zaragoza de 25 de enero de 1999<sup>365</sup>, la Audiencia Provincial de Girona de 24 de septiembre de 1999<sup>366</sup>, la Audiencia Provincial de Málaga de 9 de enero de 2000<sup>367</sup> y las de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 1998<sup>368</sup>, 4 de enero de 1999<sup>369</sup>, 28 de mayo de 1999<sup>370</sup>, 31 de mayo de 1999<sup>371</sup>, 7 de junio de 1999<sup>372</sup>, 23 de junio de 1999,<sup>373</sup> 22 de septiembre de 1999<sup>374</sup>, 13 de octubre de 1999<sup>375</sup>, 20 de octubre de 1999<sup>376</sup>, 2 de noviembre 1999<sup>377</sup>, 11 de noviembre de 1999<sup>378</sup>, 9 de diciembre de 1999<sup>379</sup>, 10 de enero de 2000<sup>380</sup>, 24 de enero de 2000<sup>381</sup>, 25 de enero de

---

<sup>363</sup> BLANCO LOZANO, C.: El delito urbanístico, op. cit., pág. 82.

<sup>364</sup> ARP 1998/5133.

<sup>365</sup> ARP 1999/8.

<sup>366</sup> ARP 1999/4866.

<sup>367</sup> ARP 2000/246.

<sup>368</sup> ARP 1998/5831.

<sup>369</sup> ARP 1999/904.

<sup>370</sup> ARP 1999/4321 y ARP 1999/4365, sendas resoluciones respectivamente de tal fecha.

<sup>371</sup> ARP 1999/3332.

<sup>372</sup> ARP1999/3555

<sup>373</sup> ARP1999/3557.

<sup>374</sup> ARP.1999/4067.

<sup>375</sup> ARP 1999/4036.

<sup>376</sup> ARP 1999/5139.

<sup>377</sup> ARP1999/5144.

<sup>378</sup> ARP 1999/3557

<sup>379</sup> ARP 1999/5516.

<sup>380</sup> ARP2000/168.

2000<sup>382</sup>, 3 de febrero de 2000<sup>383</sup>, 9 de febrero de 2000<sup>384</sup>, 16 de febrero de 2000<sup>385</sup>, 17 de febrero de 2000<sup>386</sup> y 24 de marzo de 2000<sup>387</sup>, entre otras.

En sentido contrario, y compartimos esta postura, entienden que se trata de un delito común las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz de 11 de septiembre de 1998<sup>388</sup>, la Audiencia Provincial de Palencia de 31 de diciembre de 1998<sup>389</sup>, la Audiencia Provincial de Baleares de 29 de abril de 2000<sup>390</sup> y la Audiencia Provincial de La Coruña de 5 de julio de 1999<sup>391</sup>, entre otras.

En lo relativo a no exigir profesionalidad en la construcción o promoción urbanística, se pronuncia, y como ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 5 de mayo de 2000<sup>392</sup>.

A pesar de que consideremos que nos hallamos ante un delito común, vamos a analizar las cualidades del sujeto, cualidades profesionales que definen al sujeto activo del delito urbanístico cometido por un particular<sup>393</sup>. Y nos vamos a referir, en un primer momento a la evolución legislativa de los diversos conceptos.

Debido a lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta a los sujetos que se dedican a la construcción o edificación, podemos incluir los delitos relativos a la ordenación del territorio en los delitos llamados de cuello blanco. Debemos recordar que, anteriormente, el PLOCP incluía dichos delitos en el Capítulo X del Título VIII donde se incluía a su vez los “delitos contra el orden socioeconómico”. La doctrina

---

<sup>381</sup> ARP 2000/675.

<sup>382</sup> ARP 2000/676.

<sup>383</sup> ARP 2000/685.

<sup>384</sup> ARP 2000\695.

<sup>385</sup> ARP 2000/711.

<sup>386</sup> ARP 2000/1395.

<sup>387</sup> ARP 2000/1016.

<sup>388</sup> ARP 1998/5355.

<sup>389</sup> ARP 1998/5626.

<sup>390</sup> ARP 2000/733.

<sup>391</sup> ARP1999/4582.

<sup>392</sup> ARJ 2000/728.

<sup>393</sup> MARTÍN HERNÁNDEZ, P.: “Las personas responsables de las infracciones urbanísticas”, en Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 81, 1983, págs. 87 y ss.

se unifica para criticar su ubicación sistemática; ya que resulta aberrante y es dudosa su oportunidad<sup>394</sup>.

El legislador de 1980 utilizó, como vimos, un criterio sistemático: el del bien jurídico protegido –el orden socioeconómico- y el de la personalidad de sus autores que son considerados delincuentes de cuello blanco. Únicamente el Proyecto de 1980 consagraba como bien jurídico protegido la “ordenación urbanística”. La mayor concreción de su contenido, conlleva afectar al funcionamiento del mercado del suelo que se encuentra apto para ser urbanizado.

Los tipos penales relativos a la ordenación del territorio desde una perspectiva criminológica introducida por el Código Penal de 1995 tienen que hacer frente a esa realidad excluyendo la referencia a la empresa (promotora, constructora), faltando la expresa imposición de cualquier tipo de consecuencia penal derivada de la comisión del delito<sup>395</sup>.

Según ACALE SÁNCHEZ, la restricción del círculo de sujetos ha sido empleada por todos los Proyectos de Código Penal hasta el de 1995, con la excepción del PLOCP de 1992, en el que de manera circunstancial y sin incluir pauta alguna en materia de autoría se señalaba que “será castigado...cuando se llevare a cabo una construcción no autorizada”<sup>396</sup>. Pese a que los sujetos activos tengan el mismo perfil, las modificaciones en dicho perfil, han provocado consecuencias importantes en la autoría.

El artículo 264 TRLSOU consideraba autor de este delito al promotor, técnico de obras y técnico director, y en el artículo 265 TRLSOU, se establece la responsabilidad que cometen sus agentes u órganos, así como la responsabilidad de las personas jurídicas. En el artículo 264.2 TRLSOU<sup>397</sup> se hace responsable de las

---

<sup>394</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente” op. cit., pág. 901; RODRIGUEZ RAMOS, L.: “Los delitos urbanísticos en el Código Penal”, La Ley, 1981 (2), pág. 888; QUINTERO OLIVARES, G.: “Observaciones de la parte especial del Anteproyecto del Código Penal”, en La reforma del Código Penal, (coord. MIR PUIG, S.), Bellaterra, 1980, pág. 263.

<sup>395</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 289.

<sup>396</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 283.

<sup>397</sup> Precepto declarado inconstitucional por la STC 61/97, de 20 de marzo, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la Disposición Final Única en su nº 3.

infracciones urbanísticas en el caso de actuaciones amparadas en licencia cuyo contenido sea constitutivo de una infracción grave, al facultativo que hubiese informado de manera favorable el proyecto y a los miembros de la corporación que votasen a favor de dicha licencia sin los informes que le son exigibles o cuando éstos fuesen desfavorables en razón de la infracción<sup>398</sup>.

La PLOCP de 1980 señalaba que los sujetos activos de los delitos urbanísticos son los “promotores, empresarios, técnicos directores”. De la misma forma la PANC de 1983, solamente consideraba sujetos activos del delito a los promotores, empresarios, técnicos o directores de obras.

En los dos primeros textos se incorpora, además, el mismo artículo que es el 385 en la PLOCP de 1980 y el 309 en la PANC de 1983, dicho artículo señalaba lo siguiente: “cuando los delitos definidos en los dos artículos anteriores fueren cometidos a través de sociedades o empresas se podrá imponer a éstos la medida de prohibición de realizar una actividad de construcción o promoción de edificios por tiempo de uno a tres años. En caso de habitualidad tal prohibición podrá imponerse con carácter definitivo”<sup>399</sup>.

Se sustituyó finalmente el término “empresario de obra” por el de “constructor” en el artículo 319 del Código Penal, en la búsqueda de un concepto material de autor<sup>400</sup>.

Se criticó en el PLCP de 1980 y en la PANC de 1983, la no definición del término empresario de obras. DE LA CUESTA ARZAMENDI, en este caso

---

<sup>398</sup> La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares (Sala de lo Contencioso - Administrativo) de 29 de noviembre de 1991 señala que la responsabilidad administrativa por los actos de utilización ilegal del suelo es una responsabilidad colectiva “no en el sentido de responsabilidad solidaria, sino a título personal y autónomo, por lo que en el caso de concurrencia plural en una misma infracción, la sanción a cada uno de ellos tiene carácter independiente,...sin perjuicio de que para ello sea preciso apreciar el necesario elemento de la culpabilidad, predicable del ilícito administrativo, en cada uno de ellos”. Del mismo modo, también el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de manifestarse sobre la concurrencia de varias personas dentro de cada una de las categorías señaladas en el art. 264, estableciendo en la Sentencia 13 de febrero de 1989, 4ª., que no es posible identificar sujetos con personas, “de forma que si hay varios promotores, varios empleados de obras o varios directores técnicos, la ley los contempla como todo un conjunto”.

<sup>399</sup> En el PLOCP de 1980 lo único que cambia es que hace referencia no a la “habitualidad”, sino a la “reincidencia”.

<sup>400</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 248.

concreto, propone a la vista de la falta de definición del término “empresario de obra”, que sería conveniente sustituirlo por el término empresario (o no), contratista o constructor<sup>401</sup>.

De esta forma, el efecto que se consiguió fue doble, al sustituir un término por otro, así se elimina la aplicación de la consecuencia accesoria que se deriva del delito, a la persona jurídica, en el caso de que la conducta típica fuese llevada a cabo en su seno, además de incluir dentro de esta categoría de “constructor” al particular que, sin adoptar forma de persona jurídica, lleva a cabo de forma independiente, o previo acuerdo -de manera individual-, una construcción o edificación no autorizada (atendiendo a la prevención de las construcciones ilegales), que con la redacción de 1992, es difícil que encajen en el concepto de “empresario”.

La valoración que hacemos del cambio, siguiendo a ACALE SÁNCHEZ, ha de ser negativa, ya que por sancionar a los particulares que son los menos, se dejó fuera a los más, a las empresas dedicadas a la construcción; teniendo en cuenta la inclusión de uno y de otro, pues no eran excluyentes: solo bastaba con introducir un precepto de contenido equivalente, el 327 del Código Penal, en el cual se autoriza la imposición de medidas del artículo 129 del Código Penal, es decir cuando la conducta típica se lleva a cabo dentro de una persona jurídica<sup>402</sup> (Capítulo III, relativo a los recursos naturales y al medio ambiente). El problema se soluciona con la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, cuando las personas jurídicas, empiezan a tener responsabilidad penal, lo que anteriormente era impensable.

Según parte de la doctrina, cuya posición no comparto, estamos ante un delito especial propio<sup>403</sup>, en el cual los sujetos activos tienen características especiales<sup>404</sup>: promotor, director, técnico director o constructor de construcción o edificación. Para ACALE SÁNCHEZ, director técnico solo puede serlo un profesional, promotor o constructor; lo es la persona, una persona cualquiera que desarrolla labores de

---

<sup>401</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente (Título XIII, L. II, PANC 1983)”, op. cit., pág. 910.

<sup>402</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos urbanísticos, op. cit., págs. 284 y 285.

<sup>403</sup> BOIX REIG, J./ JUANATEY DORADO, C.: “De los delitos sobre la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 540; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Protección penal de la ordenación del territorio y el medio ambiente”, op. cit., pág. 909; y MORALES PRATS, F. / TAMARIT SUMALLA, J. M., “Delitos sobre la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 848.

promoción jurídica de la construcción material propiamente dicha. Respecto al promotor o constructor, el sujeto activo no es el que posee la cualificación sino quien ejecuta funciones de tipo material, produciéndose una responsabilidad de tipo funcional<sup>405</sup>.

MUÑOZ CONDE afirma que “a pesar de que la enunciación de estas categorías de sujetos parece encuadrar el precepto entre los delitos especiales, en la medida en que lo que trata es de describir funciones en el círculo de sujetos activos es posible incluir a cualquier particular que, de hecho, realice dichas actividades”<sup>406</sup>.

En los delitos especiales propios no cabría la delegación de funciones puesto que no pueden cometerse mediante un intermediario. Sin embargo, esto no ocurre en los delitos sobre la ordenación del territorio, se repite frecuentemente que la delegación se puede encomendar siempre que se trate de una construcción, es decir que sea subcontratada a una tercera persona física o jurídica “en cuyo caso, la figura del empresario-contratista no queda absorbida por la del contratista-promotor, y genera responsabilidades independientes”<sup>407</sup>.

Un sector de la doctrina italiana<sup>408</sup> considera que los delitos relativos a la ordenación del territorio ubicados en el artículo 319 del Código Penal español son delitos especiales propios, en lo que respecta al técnico director, pero delitos comunes de subjetividad restringida, cuando son llevados a cabo por el promotor o constructor; el establecimiento de esta diferencia no conlleva modificación en lo referente a limitar la autoría en los delitos especiales propios; se asume de esta forma el papel del técnico director restringido a su cualificación profesional. Los promotores o constructores pueden ser, de hecho, cualquiera que realice las funciones de la promoción jurídica o construcción propia de la obra, siempre que se trate de una responsabilidad funcional.

---

<sup>404</sup> MIR PUIG, S.: Derecho Penal. Parte general, op. cit., pág. 206.

<sup>405</sup> ACALE SÁNCHEZ, M. Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 285.

<sup>406</sup> MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial, op. cit. pág. 489.

<sup>407</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 14/2/1991, Fundamento Jurídico 1º.

<sup>408</sup> REZZONICO, S.: I reati edilizi, op. cit., pág. 57.; MANIRI, G.: “Urbanistica (Reati in material di), Noviss”. Dig. It. Vol., 1975 (XX), pág. 156; y IANNELLI, A.: Le violazioni edilizie, Milán, 1981, pág. 356.

DE LA CUESTA ARZAMENDI establece que las categorías son amplias para incluir a quien “con sus propios medios y sin que ello constituya su ocupación profesional, promueva, construya, en suma, realice cualquiera de las conductas típicas”<sup>409</sup>. Desde una perspectiva criminológica, siguiendo a STILE, podemos identificar dentro de los sujetos responsables tres colectivos que actúan de forma independiente y que se mueven por una serie de intereses que a veces son coincidentes y otras veces son individuales<sup>410</sup>. Y como se puso de manifiesto en los debates parlamentarios SANZ ESCALERA manifiesta que “esos delitos de amplia difusión que integran un delincuente específico que podríamos llamar de cuello blanco, como son los promotores, los constructores y los técnicos, tienen el atractivo de que generalmente producen enormes beneficios económicos, por lo que el afán de lucro es una potente palanca para estimular la decisión”<sup>411</sup>.

Tampoco se desaprueba socialmente la conducta del conciudadano, particular que con la finalidad de cubrir sus necesidades básicas, para contar con una vivienda digna, construye sin autorización, no pudiendo entenderse ninguna ley que prohíba vivir dignamente. Los particulares y los profesionales desprecian el derecho a la propiedad o su contenido, que es adquirido de forma absoluta y sin limitaciones de ningún tipo. Este desprecio existe por el ánimo de lucrarse económicamente<sup>412</sup> en contra de la función social que establecen los artículos 47 de la Constitución Española y 1 TRLOSOU<sup>413</sup>. Ambos colectivos no son iguales, se diferencian en la potencial incidencia en las actividades constructivas realizadas por unos y por otros. Esta incidencia es mayor, en el supuesto de que la actividad de la construcción es una actividad profesional que cuando no lo es; ello se debe a los conocimientos que manejan que se encuentran asesorados por los conocedores del sistema legal, cuentan con los medios económicos fruto de la participación del mercado del suelo mediante el cual corrompen a los funcionarios públicos y autoridades con competencia en esta

---

<sup>409</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Protección penal de la ordenación del territorio y medio ambiente”, op. cit. pág. 909. En el mismo sentido VERCHER NOGUERA, A.: “Delitos contra la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 540.

<sup>410</sup> STILE, A.: “Agressioni all’ambiente e criminalità económica”, op. cit., pág. 432.

<sup>411</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1991 (Fundamento Jurídico 2º).

<sup>412</sup> RODRIGUEZ RAMOS, L.: “La protección penal del urbanismo (Pautas para criminalizar algunas conductas)”, RDU, núm. 81, 1983, pág. 44; y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente”, op. cit., pág. 910

<sup>413</sup> Precepto declarado inconstitucional por la STC 61/97, 20 de marzo, como consecuencia de la declaración de de inconstitucionalidad de la Disposición Final Única en su nº3.

materia. Y como ejemplo de todo ello, podemos pensar en los supuestos de aprobación del PGOU en un municipio, en relación al cual las empresas ejercen influencias con la finalidad de que los propietarios obtengan apta la calificación urbanística para construir o edificar en ellos; o en municipios en los que el PGOU haya sido aprobado, éste tiene que ser revisado, asimismo cambiando la clasificación del suelo no urbanizable a urbanizable o urbano.

Para que resulten aplicables las circunstancias del artículo 129 era necesario que se previese en cada delito en particular, por lo tanto en el Capítulo I del Título XVI no serán de aplicación. Podríamos evitar dicho efecto, si en lugar de ubicarse en el artículo 327 en el Capítulo III, en materia de medio ambiente y recursos naturales, se hubiese trasladado al Capítulo V y fuese una disposición común aplicable a todo el Título XVI. Se hubiera solucionado el problema si, en relación al artículo 129 del Código Penal, se condicionara este artículo y se relacionara su aplicación con la necesidad de recurrir al mecanismo de la imputación subjetiva del artículo 31 del Código Penal: se responsabilizaría, de esta forma, al representante legal de la empresa promotora o constructora o del gabinete científico, aplicándose las consecuencias penales del artículo 129 del Código Penal a la persona jurídica. El artículo 31 del Código Penal contiene una ficción, con la finalidad de no dejar impunes los delitos cometidos antes de la reforma. La conclusión que aporta ACALE SÁNCHEZ es disfuncional, pero es la que conduce a la aplicación conjunta de los artículos 31, 129 y 319 del Código penal<sup>414</sup>. No obstante, y como examinaremos, la responsabilidad penal de la persona jurídica va a suponer, en principio, una solución más simple a estos problemas.

Finalmente, MORALES PRATS y TAMARIT SUMALLA van a destacar cómo el juez tiene autonomía en la aplicación de los conceptos legales, solucionando así “la problemática relativa a la remisión a la norma autonómica efectuada por las leyes penales incompletas”<sup>415</sup>.

---

<sup>414</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 290 y 291.

<sup>415</sup> MORALES PRATS, F. / TAMARIT SUMALLA, J. M., “Delitos sobre la ordenación del territorio”, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/VALLE MUÑIZ (Coord.), Comentarios al nuevo Código penal, op. cit., pág. 848.

Comenzando por el concepto de **promotor** la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo, se refiere en la aplicación del artículo 1591 del Código civil, a que no existe una definición legal de la figura de promotor urbanístico. En la práctica de la construcción urbanística, esta figura sí está plenamente consolidada. Promotor es en este sentido “la persona física y jurídica que promueve u organiza la construcción del inmueble y termina comercializándolo”<sup>416</sup>.

Partiendo de la jurisprudencia, la doctrina define el término promotor en los siguientes términos:

a) “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”<sup>417</sup>.

b) “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”<sup>418</sup>.

c) “Aquel comitente<sup>419</sup> 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”<sup>420</sup>.

En lo referente a la legislación administrativo-urbanística de las distintas Comunidades Autónomas existen notables diferencias entre éstas y a su vez encontramos distintas pautas al respecto.

---

<sup>416</sup> SSTS de 20 de junio de 1987, 19 de diciembre de 1989 y 31 de marzo de 1992.

<sup>417</sup> MARTÍN HERNÁNDEZ, P.: Las personas responsables de las infracciones urbanísticas, op. cit., pág. 105.

<sup>418</sup> GARCÍA CONESA, A.: Derecho a la construcción, 1996, op. cit., pág. 66.

<sup>419</sup> El comitente no es otro que la persona física o jurídica que se encarga o encomienda la obra a otro.

<sup>420</sup> GARCÍA CONESA, A.: Derecho a la construcción, op. cit. pág. 63.

Como ejemplo en la Comunidad Autónoma de Madrid, la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid (LDU) en su artículo 41.3 considera promotor “al propietario del suelo sobre el que se efectuó la infracción”, mientras que en Cataluña, el artículo 268.2 del Reglamento para la Protección de la Ley Urbanística no menciona expresamente esta figura, pero sí habla de “propietario del suelo, su agente, gestor o impulsor”.

Además, y como ejemplo, en Cataluña la Ley 24/1991, que regula la vivienda en esta Comunidad Autónoma dispone particularmente en su artículo 3.1 al respecto lo siguiente:

“A los efectos de la presente Ley, es promotor de viviendas la persona física o jurídica que decide, programa o impulsa su construcción o rehabilitación, las suministra, aunque sea ocasionalmente, al mercado inmobiliario y transmite su titularidad dominical o adjudica o cede mediante cualquier título”.

Entre tantas premisas definitorias del término promotor por las que habrá de moverse el juzgador de lo penal a la hora de valorar la cualidad profesional del promotor, debemos valorar que falta una remisión al 319 del Código Penal.

Muchos textos de carácter administrativo que utilizan el término promotor como no profesional, conducen a determinar resoluciones judiciales en materia penal, y como ejemplo tenemos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 11 de septiembre de 1998<sup>421</sup>, que viene a considerar que el delito tipificado en el 319 del Código Penal se trata de un delito común, de este modo “sujeto activo del delito citado puede serlo cualquiera que dedique su esfuerzo a la edificación de una o varias viviendas, para sí, o para su venta o alquiler”.

Tales normas sobre la figura del promotor no profesional, han de ser tenidas en cuenta por el jugador penal, entre ellas, y como ejemplo pueden citarse, el Texto Refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial, Real Decreto 2960/1976, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la

---

<sup>421</sup> ARP 1998/5355.

Legislación de Viviendas de Protección Oficial en cuyo artículo 7 a), aún vigente, se califica de promotores a “los particulares que individualmente o agrupados construyan viviendas para sí, para cederlas o para venderlas” o los artículos 22 a) del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1968, el RD 1494/1987, de 4 de diciembre, también vigente, 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 venta, con ánimo en estos casos de lucro<sup>422</sup>.

En suma, consideramos que el promotor es la persona o empresa que organiza con la finalidad de ánimo de lucro una construcción para venderla posteriormente o para uso propio, sin llevar a cabo la construcción de la misma.

Respecto al concepto de **constructor**, según algunos autores<sup>423</sup>, esta figura, desde una perspectiva histórica se correspondería con la del antiguo maestro de obras, regulada ya en el Real Decreto de 22 de julio de 1865. **Maestro mayor de obras** es la denominación histórica de un oficio de la construcción, que paulatinamente fue diferenciándose del de arquitecto, del que era indistinguible hasta la Edad Moderna; mientras que se mantiene indistinguible de la denominación “alarife” (que a su vez se confunde con las de arquitecto y albañil). A partir de la Edad Contemporánea es de uso más habitual la denominación de aparejador, oficio que se identifica con las funciones técnicas del **maestro de obras**. Posteriormente, fueron surgiendo distintas denominaciones establecidas como grados académicos: el de arquitecto técnico y el de ingeniero de edificación.

En la actualidad, falta una legislación estatal que defina la figura del constructor en el marco del Derecho administrativo urbanístico, aunque puede tomarse como referencia 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

---

<sup>422</sup> BLANCO LOZANO, C.: El delito urbanístico, op. cit., pág. 87.

edificación realicen los industriales que puedan colaborar en la misma, de acuerdo con el proyecto y bajo las órdenes de la dirección facultativa”.

La jurisprudencia extrapenal en esta materia se muestra confusa a la hora de definir la figura del constructor. Como ejemplo tenemos la STS de 5 de marzo de 1990, que define al constructor y contratista, en cuanto que “son aquellos que asumen la total ejecución de la construcción, proyectando, dirigiendo, inspeccionando y definitivamente aprobando su terminación”.

El Tribunal Supremo, un año después, sí diferencia estas dos figuras en la Sentencia de 14 de febrero de 1991. Refiriéndose al constructor en la Sentencia de 14 de junio de 1984, define al constructor como “persona (física o jurídica) que reúne los siguientes caracteres: ser propietario de un 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 elementos que integran el conjunto del edificio”. Como identifica el Tribunal Supremo, el constructor no es sólo contratista<sup>424</sup>, sino que también se identifica como empresario<sup>425</sup>, ejecutor de la misma<sup>426</sup> y urbanizador<sup>427</sup>, entre otros<sup>428</sup>.

Con la finalidad de orientar al juzgador penal y de cara a limitar el concepto de sujeto activo del delito; la doctrina viene a definir constructor en los siguientes términos, ya que no es fácil la delimitación de los sujetos activos en este delito especial propio<sup>429</sup>:

---

<sup>423</sup> Por todos, DOMÍNGUEZ LUIS, J. A./FARRÉ DÍAZ, E.: Los delitos relativos a la ordenación del territorio (adaptada a la STC 61/97 y a la Ley 6/98, de 13 de abril), Bilbao, 1998, pág. 113.

<sup>424</sup> STS de 14 de junio de 1995.

<sup>425</sup> STS de 30 de noviembre de 1992.

<sup>426</sup> STS de 7 de marzo de 1995.

<sup>427</sup> STS de 3 de mayo de 1995.

<sup>428</sup> Cfr., 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.

<sup>429</sup> BLANCO LOZANO, C.: El delito urbanístico, op. cit., pág. 90.

a) “Persona física o jurídica que conviene con el promotor la ejecución de una obra inmobiliaria, responsabilizándose de hacerla una realidad física”<sup>430</sup>.

b) “Persona que se responsabiliza de la realización de la construcción”.

c) “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”<sup>431</sup>.

d) “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”<sup>432</sup>.

En definitiva, el constructor es la persona que acuerda con el promotor la construcción de la obra, es el responsable de la ejecución de la obra (de llevarla a cabo), y de entregar la obra una vez finalizada.

En cuanto al concepto de **técnico director**, partimos de la Ley 12/1982, de 1 de abril, sobre la regulación de atribuciones profesionales de arquitectos técnicos e ingenieros técnicos, y de la normativa adyacente y complementaria que desarrolla esta disposición, la cual a su vez está integrada por los Decretos 148/1969, de 13 de febrero y 902/1977, de 1 de abril, esta Ley colma las exigencias legales del principio de plenitud de facultades y competencias de tales técnicos titulados profesionales de

---

<sup>430</sup> GARCÍA CONESA, A.: Derecho de la construcción, op. cit., pág. 52.

<sup>431</sup> DOMÍNGUEZ LUIS, J. A. / FARRÉ DÍAZ, E, Los delitos relativos a la ordenación del territorio, op. cit., pág. 113.

<sup>432</sup> GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.; La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por defectos de construcción, op. cit., pág. 164.

la construcción<sup>433</sup>, delimitando al respecto además autónómicamente, las competencias inherentes a una y otra especialidad técnico-profesional titulada<sup>434</sup>.

En lo referente a la normativa reguladora, se define al técnico director del artículo 319 del Código Penal como: “aquel profesional titulado, bien arquitecto o aparejador, bien ingeniero superior o técnico, a cuya *lex artis* de la edificación queda sometida la ejecución de obra o construcción”.

La *lex artis* comprende el conocimiento y la adecuada aplicación del conjunto de preceptos, reglas y fundamentos técnicos necesarios para hacer buen factor constructivo, y en suma, para la fiel realización de todo proyecto inmobiliario y que continúa con la consecución de una óptima rentabilidad de los elementos que la integran<sup>435</sup>.

El concepto administrativo-urbanístico de técnico director que es el sujeto activo profesional que interviene en este delito especial propio, puede servir de orientación al juzgador penal a la hora de interpretar y aplicar el artículo 319 del Código Penal<sup>436</sup>.

Existe el problema de la delimitación de la responsabilidad personal, del deslinde competencial entre los distintos profesionales que aquí concurren, a modo de técnicos directores de la construcción o edificación ilícita<sup>437</sup>. Al respecto, alguna jurisprudencia, la minoritaria, resuelve sin establecer tal deslinde competencial a efectos de imputación, recurriendo al concepto amplio de dirección de obra, bajo el que se pueden englobar tanto “el proyecto, la dirección *stricto sensu* y la inspección o vigilancia de los trabajos”<sup>438</sup>.

---

<sup>433</sup> Cfr., ampliamente al respecto, GIL IBÁÑEZ, J.L.: Las competencias profesionales de los arquitectos técnicos y aparejadores, 1993, *passim*.

<sup>434</sup> FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., La capacidad de proyección de los aparejadores y arquitectos técnicos, en AA.VV, 1990-3, pág. 367 y ss.

<sup>435</sup> Cfr. GARCÍA CONESA, A.: Derecho de la construcción, op. cit., pág. 226.

<sup>436</sup> BLANCO LOZANO, C.: El delito urbanístico, op. cit., pág. 91.

<sup>437</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUIS, J. A., / FARRÉ DÍAZ, E.: Los delitos relativos a la ordenación del territorio, op. cit., pág. 119.

<sup>438</sup> En este 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.

La Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de atribuciones profesionales de arquitectos técnicos o ingenieros técnicos, que citamos con anterioridad, ha venido a paliar las dudas y las oscilaciones jurisprudenciales sobre el particular<sup>439</sup>. De esta forma nos encontramos con la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1996 que sienta doctrina sobre la materia<sup>440</sup>. La última jurisprudencia parece mantenerse unánime al amparo de la legislación vigente en el sector, en cuanto a la incompetencia de los arquitectos técnicos en orden a la construcción de nueva planta<sup>441</sup>.

El alto Tribunal, de este modo y teniendo en cuenta la garantía de la seguridad de las edificaciones, ha afirmado de manera técnica y pormenorizada 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”<sup>442</sup>.

Y la finalidad a la que apuntan las resoluciones jurisprudenciales serían: “la de la garantía de la seguridad, derivada ante todo de la formación y la preparación técnica del profesional que redacta el proyecto, resultando así que en este tema lo que late de 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 búsqueda de la mayor seguridad, y por tanto de la exigencia de titulación -formación- propia de estudios superiores. En consecuencia, por razón de sentido teleológico de la protección de la seguridad de las

---

<sup>439</sup> BLANCO LOZANO, C.: El delito urbanístico, op. cit., pág. 94.

<sup>440</sup> “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 complementarias de gabinete y economía de la construcción, de suerte que para los arquitectos técnicos la facultad de ejecutar proyectos se refiere a toda clase de obras que, con arreglo a la legislación del sector de la edificación, no precisen de proyecto arquitectónico, el cual empero –y debido a la ambigüedad de este concepto antes mencionado-, no debe entenderse como relativo a proyecto arquitectónico superior, ya que otros técnicos de este grado están también capacitados para proyectar obras de arquitectura”, en las SSTs 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, 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.

<sup>441</sup> SSTs 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, 23 de mayo de 1992, 18 de marzo de 1992, 3 de noviembre de 1992 y 11 de noviembre de 1992.

edificaciones, todas las edificaciones que se destinen a la vivienda humana o concepto a ella asimilable requieren ser proyectadas por un arquitecto técnico”<sup>443</sup>.

Según el Decreto de 17 de junio de 1977, sobre tarifas de honorarios de arquitectos, la facultad de proyección implica también la dirección de obra<sup>444</sup>, por lo que esta última “es aquella en la que el arquitecto, además de otras funciones, lleva a término el desarrollo del proyecto de ejecución”<sup>445</sup>.

El Real Decreto de 18 de septiembre de 1985 expresamente establece que los ingenieros superiores están autorizados para la construcción de tales edificios industriales, al igual que los ingenieros técnicos, siempre que no excedan los límites de potencia y tensión establecidos en el Real Decreto-Ley 31/1977, regulador de las atribuciones de los peritos industriales<sup>446</sup>.

La Ley 12/ 1986 de 1 de abril, referente a la regulación de atribuciones profesionales de arquitectos técnicos e ingenieros técnicos, al respecto atribuye a los ingenieros técnicos: “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”<sup>447</sup>.

El Tribunal Supremo recuerda que es competencia municipal la cuestión que nos ocupa, en concreto, “en el momento de pronunciarse sobre la solicitud de licencia que se trate, debe examinar la competencia del técnico que suscriba el correspondiente proyecto como uno de los datos que condicionan el otorgamiento de

---

<sup>442</sup> STS de 6 de marzo de 1992.

<sup>443</sup> En tales términos, SSTS de 8 de julio de 1981, 21 de octubre de 1987, 4 de junio de 1991, 29 de marzo de 1995.

<sup>444</sup> Vid. DOMÍNGUEZ VILA, A.. “El proyecto técnico y el visado colegial como intervención de los arquitectos en el Ordenamiento urbanístico”, en RDU, núm. 79, 1982, págs. 89 y ss.

<sup>445</sup> Artículo 1. 4. 5 del Decreto 17 de junio de 1977, sobre tarifas de honorarios de arquitectos.

<sup>446</sup> BLANCO LOZANO, C.: El delito urbanístico, op. cit., pág. 96.

<sup>447</sup> Vid., al respecto, SSTS de 25 de mayo de 1983, de 20 de mayo de 1985, 16 de mayo de 1986, de 5 de enero de 1990 y 2 de noviembre de 1994, entre otras resoluciones.

la licencia interesada”<sup>448</sup>. El visado del correspondiente colegio profesional al que pertenece por su titulación el técnico director de la construcción o edificación, sobre el proyecto elaborado por este, 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<sup>449</sup>. El visado constituye un informe preceptivo, aunque no vinculante, y como consecuencia no supone limitación a la facultad resolutoria del órgano administrativo-urbanístico legalmente competente.

Como ha señalado el alto Tribunal: “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”<sup>450</sup>.

El proyecto de edificación precisa<sup>451</sup> del correspondiente visado colegial<sup>452</sup>. La Ley 3/2987, de 8 de abril reguladora de la disciplina urbanística de Asturias<sup>453</sup> establece: “el proyecto técnico conforme 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 adscrita”<sup>454</sup>.

---

<sup>448</sup> STS de 21 de febrero de 1994.

<sup>449</sup> BLANCO LOZANO, C.: El delito urbanístico, op. cit., pág. 96.

<sup>450</sup> POZO GÓMEZ, J. P.: La Ley 12/1986, de 1 de abril, de atribuciones profesionales de los arquitectos o ingenieros técnicos, op. cit., págs. 128 y ss.

<sup>451</sup> Vid. SSTS de 3 de julio de 1996 y 25 de septiembre de 1997.

<sup>452</sup> Cfr. el artículo. 242.7 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, precepto cuyo tenor fue declarado inconstitucional por la STC 62/1997, siendo el siguiente: “Los Colegios profesionales que tuviesen encomendado el visado de los proyectos técnicos, si observaren incumplimiento de la legalidad urbanística podrán en conocimiento de la Administración competente de dicha presunción, denegando el visado”.

<sup>453</sup> Conforme 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.

<sup>454</sup> Artículo 2.1 de la Ley 3/2987, de 8 de abril, reguladora de la disciplina urbanística de Asturias.

Visto lo anterior, ya podemos distinguir, desde una perspectiva técnica, las figuras que podrán ser los sujetos activos del delito del artículo 319 del Código Penal, sin llegar a confusión alguna entre los mismos. Cada uno de estos sujetos tendrá la responsabilidad penal que le corresponda ateniéndonos al caso concreto.

Por último, y en relación a los sujetos activos, debemos recordar que también **la persona jurídica** puede ser sujeto activo del delito del artículo 319 del Código Penal.

En la materia que nos ocupa, el legislador ha querido objetivar y funcionalizar los conceptos de los autores de los delitos, habiendo olvidado de esta manera la referencia a las conductas típicas que se realicen por las personas jurídicas hasta la nueva reforma del año 2010.

Sin embargo, antes de la reforma ello no suponía la irresponsabilidad penal por los hechos, en sí considerados sino tan sólo la aplicación de los mecanismos de imputación subjetiva del artículo 31, en virtud del cual respondería penalmente y de forma personal, el que actuare como administrador de hecho de la persona jurídica, independientemente de que sea promotor, constructor o técnico director, si dicha persona jurídica se dedicara a la promoción o fuese constructor o técnico de dicha construcción. Las consecuencias penales de la configuración de la persona jurídica en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, serán objeto de nuestro estudio en un capítulo siguiente al que nos remitimos.

En definitiva, el tema del sujeto activo no ha sido pacífico ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, dando lugar a una gran casuística, que exigirá sobre todo una interpretación funcional de cada acción concreta, en relación a la conducta delictiva.

En relación al **sujeto pasivo** de los delitos del artículo 319, éste sería la sociedad o la colectividad, en la medida en que el bien jurídico protegido es la ordenación del territorio y el urbanismo, con la función de proteger y mejorar la calidad de vida de los habitantes del territorio, según lo dispuesto en el artículo 45 de la Constitución Española. En el artículo 319.2 se protege el suelo no urbanizable, siendo aquel que se destina a diferentes usos: agrícola, forestal, ganadero, cinegético

y el que se encuentra vinculado, en general a la utilización racional de los recursos naturales, estando, y como ejemplo, prohibidas, lass parcelaciones urbanísticas en este tipo de suelo, debido a que debe preservarse el desarrollo urbano, salvo las excepciones que la ley contempla<sup>455</sup>. La colectividad sería la directamente perjudicada por la realización de las conductas tipificadas.

Según MUÑOZ CONDE, “se tutela en última instancia, el derecho de todo ciudadano a la conservación y disfrute de la riqueza natural y patrimonio cultural”<sup>456</sup>, en consecuencia el sujeto pasivo serían “todos los ciudadanos”, la colectividad entendida como los habitantes de un hábitat físico determinado<sup>457</sup>.

El bien jurídico colectivo guarda una estrecha relación con el artículo 47 de la Constitución, como vimos, y por tanto, ya que se trata de un bien jurídico colectivo, el ataque a dicho bien repercute en el conjunto de personas, en la colectividad. El bien jurídico es supraindividual o colectivo, habiendo sido superadas las concepciones personalistas de éste. No cabe duda, pues, de que el sujeto pasivo es la colectividad. El artículo 47 de la Constitución Española, además, y como tuvimos ocasión de examinar, incluye los “principios rectores de la política social y económica”, que protegen a la generalidad de las personas. Derivando, asimismo, el precepto penal del constitucional, es indudable la protección de un sujeto pasivo plural<sup>458</sup>.

No es necesario, pues, insistir en que el sujeto pasivo de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo es la comunidad, la colectividad; es decir, en relación al bien jurídico protegido en estos delitos, el sujeto pasivo serían las personas, pero en su generalidad.

---

<sup>455</sup> GARCÍA PLANAS, G.: El delito urbanístico, op. cit., pág. 63

<sup>456</sup> MUÑOZ CONDE., F.: Derecho Penal. Parte Especial, op. cit., págs. 569 y 570.

<sup>457</sup> Cfr. GARCÍA PLANAS, G.: El delito urbanístico, op. cit., pág. 63.

#### 1.1.4. Elemento subjetivo del tipo. El dolo como referencia típica.

El delito únicamente podrá sancionarse cuando la conducta cometida por el sujeto activo sea dolosa, ya que en relación a este delito no se contempla la conducta imprudente, sin embargo el legislador de 1995 sí contempla la conducta imprudente en los ámbitos de los delitos del patrimonio histórico (artículo 324 del Código Penal) y contra los recursos naturales y el medio ambiente (artículo 331 del Código Penal). Pese a dicha determinación legal, es conveniente, a juicio de CARMONA SALGADO, y dada la particular naturaleza del injusto que tratamos, tener en cuenta que no serán asimismo punibles a efectos prácticos, los supuestos de error vencible del tipo que pueden plantearse; sin embargo, el dolo eventual sí sería posible<sup>459</sup>. Teniendo en cuenta el dolo, el delito urbanístico, no exige ningún otro elemento subjetivo. El ánimo de lucro del autor no se tiene en cuenta como elemento subjetivo que se diferencia del dolo, ya que forma parte de su contenido. Además, las personas que realizan este delito siempre tienen ánimo de lucro<sup>460</sup>.

Así pues, en relación al artículo 319.2 del Código Penal, solamente son punibles las conductas que se hayan producido con dolo directo o eventual. El tipo se integra mediante el conocimiento de sus elementos, es decir que, para integrarse necesita el elemento cognoscitivo y los elementos normativos que se encuentran en la Ley del Suelo, por ejemplo los términos “no autorizable”<sup>461</sup>. Como veremos en otro capítulo, existe la posibilidad de apreciar el error de tipo, en los casos en que los sujetos tengan un conocimiento equivocado de dichos elementos normativos. Aunque se trate de un error vencible, esta conducta será impune, de no preverse el tipo imprudente<sup>462</sup>. Si se considera el error de prohibición y no de tipo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 14.3 del Código Penal de 1995, dicha conducta, aun cuando se aplicase la pena inferior uno o dos grados, se trataría de una conducta punible.

---

<sup>458</sup> Cfr. GARCÍA PLANAS, G.: El delito urbanístico, op. cit., pág. 63.

<sup>459</sup> CARMONA SALGADO, C.: “Delitos sobre la ordenación del territorio...”, op. cit., pág. 657.

<sup>460</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: “Cuestiones claves de los delitos urbanísticos...”, op. cit., pág. 121.

<sup>461</sup> GARCÍA PLANAS, G.: El delito urbanístico, op. cit., pág. 80.

El Código Penal de 1995 exige que exista una imprudencia expresa para poder castigarla y ésta no existe en los delitos urbanísticos, puesto que solamente son susceptibles de comisión dolosa, quedando incluido el dolo eventual<sup>463</sup>.

El dolo, con respecto a los elementos del tipo, debe de tener como puntos de referencia todos los elementos del tipo en su conjunto, aun cuando podríamos discriminar el contenido de algunos elementos. Ante todo, la condición o cualidad de la autoría, en el sujeto activo, de la que el mismo deberá tener conocimiento. En segundo lugar, tenemos el verbo típico y la conciencia y voluntad de llevar a cabo una edificación o una construcción, que aparece como el núcleo central del tipo en estos delitos, la actuación será el fin perseguido por el sujeto<sup>464</sup>. En tercer lugar, se encuentra el carácter no autorizable de la construcción o edificación, que deberá ser conocido por el sujeto, aun cuando se trate de manera irreflexiva o acompañante, en el primer caso, porque consiste en conocer en el tipo la obligatoriedad legal de la autorización para construir y su incumplimiento, sólo que se construye sin autorización, de forma independiente al significado jurídico de dicho comportamiento<sup>465</sup>. Según BOLDOVA PASAMAR, en el segundo de los tipos, no se

---

<sup>462</sup> MORALES PRATS, F. y TAMARIT SUMALLA, J. M.: Delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit., pág. 1495.

<sup>463</sup> Vid. BARRIENTOS PACHO, J. M.: Delitos relativos a la ordenación del territorio, op. cit., pág. 1558; CATALÁN SENDER, J.: Delitos urbanísticos ante las grandes líneas de la jurisprudencia urbanística, op. cit., pág. 586; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial, op. cit., pág. 355; DOMÍNGUEZ LUIS, J. A., / FARRÉ DÍAZ, E.: Los delitos relativos a la ordenación del territorio, op. cit., pág. 132; ROMÁN GARCÍA, F., Derecho Penal Administrativo, op. cit., pág. 64; ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 297; GARCÍA PLANAS, G.: El delito urbanístico, op. cit., pág. 80; el mismo: El artículo 319.1: construcción no autorizada en los espacios protegidos, op. cit., pág. 46; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.: Comentarios al Código Penal, op. cit., pág. 915; y GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio, op. cit., págs. 1118.

<sup>464</sup> De otra opinión es GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio, op. cit., pág. 1130, quien entiende que si el sujeto comete algunos delitos del 319 del Código Penal, creyendo que en el momento de cometerlos lleva a cabo una construcción o una autorización dentro de la legalidad, porque desconoce la obligación de solicitar y obtener licencia, estaremos ante un error de tipo (error sobre el sustrato fáctico del elemento normativo), lo que a juicio de BOLDOVA PASAMAR, sería el supuesto del artículo 319.1, un caso claro de error de prohibición (pues obra con conciencia de que está ausente la autorización –dolo típico-, aunque crea que legalmente no es necesaria o desconozca que legalmente es necesaria- error de prohibición-), personalmente estoy de acuerdo con la opinión de GÓRRIZ ROYO.

<sup>465</sup> Como señala J.M. PAREDES CASTAÑÓN, en Delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit., pág. 541, el sujeto deberá tener conocimiento de la naturaleza del suelo sobre el que lleva a cabo la actividad de construcción y al tratarse de un elemento de carácter normativo, esto implica conocer, aunque sea en un sentido no técnico, el significado de la regulación normativa del régimen del suelo (aunque no necesariamente la regulación misma). En sentido parecido, E. GÓRRIZ ROYO, Protección penal de la ordenación el territorio, op. cit., pág. 1114, extrayendo de ello que tampoco es preciso que el sujeto conozca todas las específicas licencias que, además de la obra, pueden ser exigibles (lo que contrasta con su opinión de requerir todas las legalmente exigibles para excluir el

trata ya de que el sujeto sepa o no de la necesidad de autorización, sino que se trata de que conozca que lo que edifica no es susceptible de ser autorizado conforme a la ley o al planeamiento. Por último, el dolo debe abarcar el tipo o clase de suelo o el lugar donde se lleva a cabo la acción, cuyo significado jurídico-normativo ha de ser conocido por el sujeto, aunque no lo sea en un sentido técnico jurídico, ni tenga que conocer la normativa específica que se encarga de su regulación . En sentido cognitivo y volitivo y para finalizar, asimismo se afirma que el dolo se proyecta sobre la conducta típica en su conjunto y de esta forma se afirma que no solo conoce sino que quiere llevar a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, etc...., o que quiere llevar a cabo una construcción no autorizable en suelo no urbanizable<sup>466</sup>.

Debido a que los administrados no son entendidos en Derecho y en relación con el error, CATALÁN SENDER temía que la reacción de los tribunales fuese la de exigir, de forma paralela a los delitos de desobediencia, la notificación de un acto por parte de la Administración al sujeto pasivo, donde se le comuniquen los motivos de ilegalidad de dicho acto, así como su responsabilidad penal<sup>467</sup>. Estos temores no se han confirmado, en buena parte de las sentencias de las Audiencias Provinciales, en que se trata de las conductas en las que concurre la existencia de una notificación administrativa. En aquellos otros casos en que no ha sido así, no se ha requerido notificación administrativa y tampoco se ha requerido notificación al interesado para deducir responsabilidad penal, el tipo no lo prevé como requisito del delito, sin perjuicio de la exigencia en todos los supuestos, fundamentando la culpabilidad, de la conciencia actual o de antijuridicidad de la conducta que han cometido el autor o autores del hecho.

---

tipo), sino que basta saber de la existencia de regulación jurídica de los lugares previstos en el precepto penal y conocer que, para construir o edificar sobre ellos, se requiere al menos la licencia de obras. Sin embargo, esto supone adelantar al dolo elementos pertenecientes a la conciencia de la antijuridicidad, cuando lo único que es preciso para el dolo es que se sepa que se obra sin autorización, conozca o no adicionalmente que es exigible legalmente una autorización para construir. En cambio, BOLDOVA PASAMAR, considera acertada la opinión de esta autora, de que el dolo referido a los elementos normativos del tipo puede ser concebido, en ocasiones, como tener una conciencia aproximada, es decir, que basta una relación paralela en la esfera del profano sobre el significado de cada elemento, en Los delitos urbanísticos, op cit., pág. 1129.

<sup>466</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 200.

<sup>467</sup> CATALÁN SENDER, J.: Delito urbanístico ante las grandes líneas de la jurisprudencia urbanística, op. cit., pág. 587.

El requerimiento o exigencia que hay que hacer, en relación al artículo 319.1, de que los lugares tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección, puede suscitar la cuestión de si verdaderamente se trata de un elemento del tipo que deba ser abarcado mediante el dolo. De ser así, según BOLDOVA PASAMAR, posiblemente en pocos casos podría afirmarse una actuación dolosa<sup>468</sup>. El sujeto debería conocer la existencia de una declaración legal o declaración administrativa, sobre la que se concreta el valor del suelo, otorgándosele un reconocimiento legal o administrativo de un lugar que haya sido considerado en virtud de un acto o instrumento jurídico de especial protección, de esta forma se castigaría solamente al delincuente informado y se dejaría impune al desinformado. Expone BARRIENTOS PACHO que la exigencia de que exista una disposición legal o que califique de forma reglamentaria al terreno como merecedor de especial protección deriva de una razón superior de seguridad jurídica, que impone la necesidad de tal amparo normativo para calificar como típica la conducta infractora, pues, en otro caso la comisión del ilícito quedaría ligada a la subjetiva apreciación de quien en cada supuesto tuviese que realizar la tarea de enjuiciamiento<sup>469</sup>. Dicha referencia es para el juez, más bien, no para el sujeto infractor, que resulta beneficiado por esta referencia. Por ello, el dolo debe referirse al valor del suelo o del lugar sobre el que se construye y que resulta menoscabado y destruido, y no a que dicho valor tenga un reconocimiento legal o administrativo de forma específica. El dolo ha de comprender, además, la existencia de un régimen de protección concreto y especial procedente de una ley y con la finalidad de preservarlo. Dicho elemento, que es una característica del suelo, será el lugar que desde el punto de vista o perspectiva jurídica, tendrá la naturaleza de constituir una condición objetiva de punibilidad, y a la misma le corresponderá proyectar el dolo sobre los elementos que lo caracterizan como suelo, de forma material, con un valor determinado que es indispensable y por ello debe ser preservado<sup>470</sup>.

En suma, y en relación al elemento subjetivo, debemos estimar que solamente cabe el tipo doloso, ya que la conducta prevista en el artículo 319 del Código Penal

---

<sup>468</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 201.

<sup>469</sup> BARRIENTOS PACHO, J. M.: Delitos relativos a la ordenación del territorio, op. cit., pág.1559.

no se puede realizar mediante el tipo imprudente. Tendremos que diferenciar dentro del tipo doloso, los distintos tipos de dolo, con la finalidad de determinar la culpabilidad del autor y en su caso, detectar posibles supuestos de error, aunque dicho error, en ocasiones, será difícil de distinguir, si es de tipo o de prohibición, aunque el estudio de este tema corresponde ya al juicio de culpabilidad.

## **1.2. Causas de exclusión de la antijuridicidad.**

Partiendo de algunas consideraciones generales acerca de los supuestos de exclusión de la antijuridicidad, debemos indicar, ante todo, que la aplicación genérica del estado de necesidad en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo se encuentra condicionada a dos presupuestos: el admitir que para evitar un mal propio o ajeno se pueda lesionar un bien jurídico colectivo<sup>471</sup>, y entender que la inminencia del mal amenazante puede ceder en algunos casos<sup>472</sup>.

El artículo 20. 5 del Código Penal indica que actúa en estado de necesidad, la persona que con la finalidad de evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o actúe infringiendo un deber. Dicha expresión nos recuerda a la del Código Penal de 1932, entender el estado de necesidad como un conflicto de bienes jurídicos personales y la lesión a bienes jurídicos colectivos como incluida en la infracción de un deber<sup>473</sup>.

Según ACALE SÁNCHEZ, se podía haber aprovechado el momento del Código Penal de 1995, para actualizar la referencia a los bienes jurídicos de otra persona, por otra en la que partiendo de un hecho ajeno, no se hiciera distinción respecto a la titularidad del bien jurídico, en el entendimiento de que en el Código Penal de 1932 no primaban los bienes jurídicos de carácter individual, siendo necesario esperar a que con el paso de los años, los riesgos de producción, la

---

<sup>470</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 201.

<sup>471</sup> Cosa que no hace la STS de 6 de noviembre de 1981 (R J/1981/4302).

<sup>472</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, op. cit., pág. 244.

<sup>473</sup> QUINTERO OLIVARES, G., Parte General del Derecho penal (con la colaboración de MORALES PRATS, F.), ed. Aranzadi Thomson –Reuters, Navarra, 2009, pág. 524.

seguridad vial o el medio ambiente, fueran contemplados como bienes jurídicos protegidos<sup>474</sup>.

Una vez que hemos admitido dicha posibilidad, que un bien jurídico colectivo se lesione para salvar otro propio o ajeno individual, ACALE SÁNCHEZ y CEREZO MIR, señalan que la ponderación de intereses individuales y supraindividuales puede presentar dificultades, pues no se puede afirmar, de ninguna forma, con carácter absoluto la primacía de los unos o de los otros<sup>475</sup>.

Respecto al momento en el tiempo donde ha de colocarse la amenaza, existen discrepancias en la doctrina. Mientras un sector considera que el daño ha de ser inminente<sup>476</sup>, otro sector estima que para que pueda hablarse de estado de necesidad es preciso que la producción del mal sea inminente, a excepción de que el transcurso del tiempo no pueda aportar solución alguna al conflicto<sup>477</sup>. El paso del tiempo no va a hacer venir a menos la situación de necesidad, la inminencia del mal deja de tener importancia. En este sentido entiende ALIBRANDI, en virtud de una interpretación gramatical del término “actual”, todo lo que no pertenezca al pasado<sup>478</sup>.

Respecto a la posible “edificación de necesidad” o “miserable”, debemos considerar, aunque en referencia a la legislación italiana, que la eximente de estado de necesidad ha sido aplicada en Italia en supuestos en que se ha construido sin autorización, cuando concurrían los siguientes requisitos: actualidad, inevitabilidad de peligro y proporcionalidad entre intereses públicos o privados en los casos en los que el mal que amenazaba para sí o para terceros (como ejemplo, se construye para

---

<sup>474</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, op. cit., pág. 244.

<sup>475</sup> CEREZO MIR, J., Derecho Penal Español. Parte General II, op. cit., pág. 246. ACALE SÁNCHEZ, M., Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, op. cit., pág. 244.

<sup>476</sup> MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, op. cit., pág. 465; QUINTERO OLIVARES, G., Parte General del Derecho penal (con la colaboración de MORALES PRATS, F), op. cit., pág. 520; DEL GIUDICI, F., Codice penale spiegato Articolo per Articolo, 1995, pág. 117.

<sup>477</sup> CEREZO MIR, J., Derecho Penal Español. Parte General II, op. cit., pág. 246; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T., Derecho Penal. Parte General, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 519, CUERDA ARNAU, M. L., “Comentario al artículo 50. 5 del Código Penal”, en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, op. cit., pág. 156; VALLE MUÑIZ, J. M.: “El elemento subjetivo del estado de necesidad y el delito de colaboración con bandas armadas” en Actualidad Penal, 1995/7, pág., 241.

<sup>478</sup> ALIBRANDI, A.: “Reati edilizi e stato di necessita”, en Rivista Penale. 1991, pág. 168. En el mismo sentido, REZZONICO, S., I reati edilizi, op. cit., pág. 64.

los familiares más cercanos) consistía en un ataque grave para la salud (para proporcionar a los familiares gravemente enfermos un espacio indispensable para sus cuidados)<sup>479</sup> o en una situación degradante para la dignidad de la persona (con la finalidad de evitarse a sí mismo y a los familiares los peligros de graves daños que pudieran derivar de la infrahumana convivencia de ocho personas en una misma habitación), o incluso, para evitar daños para el inmueble. No se ha aplicado, por el contrario, atendiendo a la gravedad del mal “en relación a la ampliación de una habitación sin la obtención de la concesión edilizia por el peligro de promiscuidad”<sup>480</sup>.

Algunos supuestos han de ser entendidos dentro de las características generales de la intervención penal en materia de la ordenación del territorio en Italia: en forma de contravenciones meramente formales donde lo prioritario no es el desvalor del resultado (afectación al bien jurídico protegido), sino la realización de la conducta sin haber tenido autorización.

El requisito de que el mal propio o ajeno no sea evitable de otra forma ha servido para excluir la eximente en los casos en los que la falta de alojamiento haya podido ser evitada a través de otros medios “como la moderna organización social, así como de remedios diversos (por ejemplo: alojamiento por parientes o amigos)”<sup>481</sup>.

ALIBRANDI, señala que no podemos llegar a la conclusión de que estas decisiones hayan sido dictadas *pietas causa*, teniendo en consideración casos particulares concretos que merecen la atención del Juez, tratándose por el contrario de un fundamento estrictamente jurídico<sup>482</sup>.

Desde el Código Penal de 1995, desde la incorporación de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, en España se ha planteado la posibilidad de aplicar la eximente de estado de necesidad, siendo admitida por alguna

---

<sup>479</sup> Pret. Pen. Nápoles 27 de marzo de 1979, sentencia que ha sido comentada por ALIBRANDI, A., “Reati edilizi e stato di necessita”, op. cit., pág. 169.

<sup>480</sup> Cass. Sez. 3ª 12. 81, nº 12253, en Rivista Penale, 1988, pág. 243.

<sup>481</sup> Cass. Sez. 3ª 4. 12. 81, n 10772, en Giurisprudenza italiana, 1982, pág. 390.

<sup>482</sup> ALIBRANDI, A.: “Reati edilizi e stato di necessita”, op. cit., pág. 168.

jurisprudencia<sup>483</sup>. No pueden negarse las similitudes existentes con los supuestos de hurto necesario, miserable o famélico, por lo que la jurisprudencia puede servir como guía para configurar el estado de necesidad en estos supuestos; de esta manera, el elemento subjetivo de la causa de justificación estaría constituido por la finalidad de subvenir a las necesidades humanas.

Para la aplicación del estado de necesidad al sujeto que construye, urbaniza o edifica de forma no autorizable en alguno de los suelos o espacios que se señalan en el artículo 319 del Código Penal, es necesario ante todo que se halle en una situación de necesidad-elemento objetivo-. Así, se restringiría la eximente a los supuestos en que el sujeto activo fuese, y como ejemplo, el constructor particular que, en un estado de necesidad, autoedifica un habitáculo para su uso propio o ajeno (como ejemplo, para sus familiares más cercanos)<sup>484</sup>.

En segundo lugar, tendría que concurrir el elemento subjetivo de la causa de justificación<sup>485</sup>. Dicho sujeto, actuaría impulsado por un estado de necesidad, con la finalidad de evitar un mal propio o ajeno<sup>486</sup>. El artículo 20.5 del Código Penal se refiere, expresamente, sólo al hecho de que el sujeto esté “en estado de necesidad”, lo cual, según CUERDA ARNAU, no significa que se haya eliminado el elemento subjetivo, “baste pensar que quien actúa “para evitar” deberá tener, como es obvio, conciencia del conflicto, a cuya resolución tiende su conducta”<sup>487</sup>. El requisito se ponía de manifiesto, no obstante, de una manera más clara en la anterior redacción del artículo 8.7 del Código Penal de 1973, cuando se utilizaban los términos “impulsado por un estado de necesidad”.

Es necesario que se trate de un mal que suponga una amenaza grave y actual. Ello será apreciable cuando la construcción no autorizable se realice para evitar

---

<sup>483</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 416/2009, de 15 de julio (ARP/2009/1366) en la que se rechaza la concurrencia de un estado de necesidad.

<sup>484</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, op. cit., pág. 247.

<sup>485</sup> LUZÓN PEÑA, D. M., “Causas de atipicidad y causas de justificación”, en LUZÓN PEÑA, D. M y MIR PUIG, S. (Coord.); Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal.; ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 38.

<sup>486</sup> CERESO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español. Parte General II, ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 246.

<sup>487</sup> CUERDA ARNAU, M. L “Comentario al art. 20.5”, en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 156.

enfermedades, muertes o lesiones corporales. Por lo tanto, el mal amenazante no puede ser evitable mediante otro procedimiento menos perjudicial, ya se trate de medios lícitos o ilícitos que causen un menor perjuicio<sup>488</sup>. Para que se de este requisito hace falta que concurren las siguientes circunstancias, según han entendido los tribunales españoles en la calificación de hurto famélico o de necesidad; es necesario que se agoten previamente “todos los recursos que en la esfera personal, profesional y familiar, podría autorizarse”<sup>489</sup>, o que “no hubiera existido la posibilidad de atender a tales necesidades, atendiendo a alguna de las múltiples instituciones públicas o privadas que indudablemente existiría en el lugar de los hechos”<sup>490</sup>. No obstante, si condicionamos la aplicación de la eximente a que se hayan agotado todos los recursos posibles, incluidos los de asistencia en los centros privados, resultaría una exigencia desproporcionada respecto al principio de dignidad de la persona, por lo que se debe exigir en un Estado asistencial, exclusivamente, el agotamiento de todos los mecanismos públicos de cobertura, pero no de los privados, que quedarán fuera de los anteriores, y que se realizan debido a motivos piadosos<sup>491</sup>.

Dentro de los medios ilícitos que causen un menor perjuicio, debemos de partir de la graduación de las penas que ha establecido el legislador en virtud de una ponderación entre el bien jurídico protegido y las conductas típicas<sup>492</sup>, aplicando la eximente, pero condicionada a que el mal no se pudiera evitar mediante la comisión de otro delito, castigado con pena inferior. Así, la necesidad de una vivienda podía haberse satisfecho con la comisión de un delito de usurpación sin necesidad de violencia o intimidación<sup>493</sup> castigado con una multa de tres a seis meses. Al tratarse en este caso de una pena inferior, antes de fijarnos en que el que construye o edifica de manera no autorizada, lo hace en un estado de necesidad, habría que tener en cuenta la posibilidad de obtener una vivienda de esta manera. Si, por el contrario,

---

<sup>488</sup> CERESO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español. Parte General II, op. cit., pág. 276.

<sup>489</sup> STS de 21 de enero de 1986 (RJ/1986/163), entre otras.

<sup>490</sup> STS 13 de junio de 1991 (R J 1991/ 4699).

<sup>491</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, op. cit., pág. 248.

<sup>492</sup> Lo que resulta criticado por QUINTERO OLIVARES, G., Parte General del Derecho penal (con la colaboración de MORALES PRATS, F.), op., cit, pág. 530 “debido a los desajustes que presentaba el anterior Código Penal español”.

<sup>493</sup> Dicha novedad fue introducida en el Código Penal de 1995 y opinión de GARCÍA ARÁN, M y LÓPEZ GARRIDO, D., (El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador, ed. Closas-Orcoyen, Madrid, 1996, pág. 133), vino a castigar penalmente las ocupaciones ilegales sin violencia o intimidación de las viviendas deshabitadas.

concurriera violencia o intimidación en la usurpación, la pena sería de prisión de uno a dos años<sup>494</sup>, “que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado<sup>495</sup>, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas”, por lo que la pena sería mayor<sup>496</sup>.

Además de ello, es necesario que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto (en aplicación de la teoría de la *actio libera in causa*), con la corrección de que en el momento en el que se provocó la situación de necesidad lo fuera para cometer el delito. La conjunción de este requisito con el siguiente, “que el necesitado no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse”, resultará que son fácilmente enervables, puesto que, difícilmente, una persona puede querer situarse en unas condiciones que afectan a la propia dignidad de la persona.

El hecho de que en estos supuestos la conducta se encuentre justificada, no puede hacer olvidar que, mediante la realización de la construcción o la edificación, resulte vulnerado el orden urbanístico vigente. Por ello, el Juez penal habrá de decretar la demolición de la obra; hay que buscar una solución al problema de la carencia de vivienda, dicha solución como apunta ACALE SÁNCHEZ, ha de venir mediante otras vías, ya que el Derecho Penal no puede solucionar un problema que es eminentemente social<sup>497</sup>.

Respecto a otros posibles supuestos, la aplicación del estado de necesidad no resulta tan pacífica en aquellos en los cuales con la realización de la conducta antijurídica se pretende evitar la pérdida de la capacidad de una empresa o el puesto de trabajo individual<sup>498</sup>.

---

<sup>494</sup> Según la redacción de la LO 5/2010.

<sup>495</sup> El Código impone en esta ocasión la pena mediante el sistema de días-multa pero señalando no la situación económica del reo como criterio para determinar el quantum sino la utilidad obtenida y el daño causado.

<sup>496</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, op. cit., pág. 248.

<sup>497</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, op. cit., pág. 249.

<sup>498</sup> Recordamos que el legislador ha evitado la imposición de consecuencias accesorias a la persona jurídica como centro de imputación de la actividad delictiva.

El bien jurídico en peligro puede ser propio o ajeno, no resultando preciso que su portador sea una persona física o jurídica<sup>499</sup>.

Respecto a los vertidos y emisiones, en el marco del artículo 347 bis del Código Penal de 1973, se ha planteado esta situación con la finalidad de paliar la crisis económica y social, y en los siguientes términos: “la adopción de medidas de seguridad reglamentarias para evitar lesiones al medio ambiente le supone a una determinada empresa un coste excesivo, al que no puede hacer frente. Como consecuencia, se ve en la tesitura de continuar en la actividad, produciendo los consiguientes riesgos o lesiones al medio ambiente, o interrumpirla, con las consecuencias económicas que ello conllevaría, y con la consiguiente pérdida de puestos de trabajo”<sup>500</sup>.

Los supuestos que se plantean son de escasa entidad. Así, el empresario que construye, urbaniza o edifica sin autorización en los lugares que se incluyen en el artículo 319 del Código Penal, sin solicitar licencia previa, para salvaguardar la existencia de la propia actividad empresarial e indirectamente los puestos de trabajo<sup>501</sup>. Aunque dichos supuestos parecen de laboratorio, la verdad, es que no puede afirmarse con prioridad la primacía de unos intereses o de otros, si hacemos una ponderación de los mismos<sup>502</sup>. Aunque, también es verdad, que en algunos casos existen impedimentos para observar la aplicación de la eximente<sup>503</sup>.

No se puede afirmar, en la ponderación de males, que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar. Se pondera el mal causado a los bienes jurídicos protegidos mediante la capacidad de la empresa y la pérdida de puestos de trabajo. Tampoco podemos afirmar que se trate de prioritaria la capacidad competitiva de una

---

<sup>499</sup> De esta opinión, además son ACALE SÁNCHEZ, M., Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, op. cit., pág. 249 y CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español. Parte General II, op. cit., pág. 276.

<sup>500</sup> DE LA CUESTA AGUADO, P. M., Respuesta Penal al Peligro Nuclear, ed. PPU, Barcelona, 1994, pág. 268. Además, en Italia, los Tribunales también han sido reacios a apreciar la eximente en los anteriores casos que hemos comentado.

<sup>501</sup> No se puede admitir la responsabilidad criminal de un trabajador de la empresa constructora que se limita a las labores de construcción a cambio de un salario, no puede ser considerado “constructor”, a efectos del artículo 319 del Código Penal.

<sup>502</sup> CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español. Parte General II, op. cit., págs. 246 y sig.

empresa. En este sentido, CARBONELL MATEU, afirma, que el Estado no puede apoyar una producción salvaje, de manera que primen en abstracto y con carácter *ex ante* los intereses económicos a los medio ambientales<sup>504</sup>. En este caso, no sería posible establecer siquiera la ponderación de los males, debido a que el mal que se pretende evitar es inferior al mal que se produce.

No concurre tampoco el requisito de que el necesitado no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse respecto al empresario. El propio término “empresa”, conlleva riesgos en su propia actividad realizada una vez que ésta se pone en funcionamiento; como indica ACALE SÁNCHEZ, en este caso concreto, no podría con posterioridad alegar el estado de necesidad, ya que la situación actual de necesidad no se encontraba del todo desprovista al iniciarse las tareas empresariales<sup>505</sup>.

Frente al constructor individual, como es lógico, ocurriría algo distinto, pues esta persona no tiene la obligación de sacrificarse, pero tiene la posibilidad de hacer frente a la situación de paro mediante otros procedimientos<sup>506</sup> como acudir a los servicios públicos de cobertura de la situación de desempleo del sistema público de Seguridad Social. El hecho de estar ante la incertidumbre que supone la situación de paro laboral, cuya continuidad o no continuidad, depende de factores fluctuantes no controlables *ex ante*, valorando la situación de si se va o no al paro, si se agotan las ayudas públicas..., va a poner sobre el tapete las dudas de que, en este aspecto, se pueda afirmar también que la construcción no autorizada se realizó en un estado de necesidad. La jurisprudencia ha afirmado que la situación de desempleo, por sí sola, no es suficiente para fundamentar la apreciación de la eximente de estado de necesidad<sup>507</sup>.

---

<sup>503</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, op. cit., pág. 250.

<sup>504</sup> CARBONELL MATEU, J. C., “Medio ambiente, crisis económica y justificación”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L y FERNÁNDEZ CASADEVANTE, C., Protección Internacional del medio ambiente y Derecho Ecológico, ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1987, pág. 194.

<sup>505</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, op. cit., págs. 250 y 251.

<sup>506</sup> TIEDEMANN, K., Lecciones de Derecho Penal Económico, op. cit., pág. 194 y DE LA CUESTA AGUADO, P. M., Respuesta penal al peligro nuclear, op. cit., pág., 273.

<sup>507</sup> STS de 27 de noviembre de 1989 (R J/1990/788), 9 de julio de 1990 (R J 1990/6278), 6 de noviembre de 1990 (R J 1990/8673).

En los supuestos examinados, con carácter general, falta el requisito de que el mal que se pretende evitar no sea remediable mediante otros mecanismos, ya sean lícitos o ilícitos<sup>508</sup>. La sentencia del Tribunal italiano de Casación de 30 de noviembre de 1983, señala que no puede invocar el estado de necesidad, el constructor abusivo que realiza la acción típica “para fines sociales y de mercado relativos a los dependientes de su negocio: por el contrario este grave daño es remediable en el ámbito de las leyes sociales y administrativas tolerantes de la eficacia de la producción industrial y la ocupación de los obreros”<sup>509</sup>.

## **2. Juicio de culpabilidad.**

Consideramos el juicio de culpabilidad como el segundo de los juicios valorativos de la teoría jurídica del delito, significando éste el reproche que se le hace personalmente al sujeto que realiza el hecho típico y antijurídico, cuando podía haber actuado de otra manera distinta a como lo hizo. Ello va a suponer la concreción de los distintos niveles de culpabilidad que legalmente se establezcan.

Para que se pueda configurar el concepto de culpabilidad, en el que se va a incluir ya el dolo como un elemento autónomo, se va a exigir en primer lugar la imputabilidad, que sólo concurrirá cuando no existan supuestos para su exclusión. El segundo presupuesto del juicio de culpabilidad sería el dolo o, en su caso, la imprudencia, teniendo en cuenta el tipo de injusto que haya sido tipificado; y por último, el juicio de culpabilidad vendría dado por la exigibilidad de la conducta o, en su caso, las posibles causas de inexigibilidad.

En lo que respecta a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, resulta claro que ante estos delitos no podríamos encontrarnos, por las propias circunstancias del tipo ante supuestos de inimputabilidad, en concreto, ante los supuestos de anomalía o alteración psíquica permanente, trastorno mental transitorio, minoría de edad penal o alteración de la percepción desde el nacimiento,

---

<sup>508</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, op. cit., pág. 251.

<sup>509</sup> Publicada en Rivista Penale, 1984/7, pág. 581.

consideradas todas ellas como eximentes de la imputabilidad. Por el contrario, en estos delitos entendemos que se parte siempre de la capacidad de comprender lo injusto del hecho, así como de la capacidad para dirigir la actuación conforme a este entendimiento.

Por lo anterior, y dejando a un lado el tema de la imputabilidad, abordaremos en relación a los delitos urbanísticos, y dentro del juicio de la culpabilidad, el dolo como elemento autónomo y la exigibilidad o posibles causas de inexigibilidad de una conducta adecuada a la norma.

## **2.1. El dolo como elemento autónomo.**

Como ya ha sido dicho y centrándonos ahora en nuestra apreciación dogmática de la doble posición del dolo en la teoría jurídica del delito, partimos del hecho de que las conductas del artículo 319 del Código Penal son dolosas<sup>510</sup>, por lo cual no cabe en estos delitos el tipo imprudente. En virtud de la nueva regulación del Código Penal de 1995, la comisión imprudente de conductas no es objeto, en principio, de sanción penal<sup>511</sup>, según el contenido del artículo 12 del Código Penal<sup>512</sup>,

---

<sup>510</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 297; MORALES PRATS, F. / TAMARIT SUMALLA, J. M.: Comentarios a la Parte Especial...op. cit., pág. 1455; NARVÁEZ RODRIGUEZ, A.: “Los delitos sobre la ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la administración urbanística”, en Actualidad Penal nº16, 1997, pág. 355; GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio, op. cit., pág. 1118; QUINTERO OLIVAES, G.: “Infracciones urbanísticas y delitos relativos a...”, op. cit., pág. 376; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio...”, op. cit., pág. 317; y SÁNCHEZ DOMINGO, M. B.: Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 185.

<sup>511</sup> Ello ha supuesto un cambio en el sistema español en materia delito imprudente, se permite como imprudente cualquier comportamiento descrito en el Código Penal. TORÍO LÓPEZ, A.: “Sobre los límites de la ejecución por imprudencia”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1972, págs. 53 y ss.

<sup>512</sup> La no incriminación de forma imprudente del delito urbanístico es congruente por dos razones, por el específico carácter del injusto de este tipo delictivo y porque las formas culposas de haberlas, deberían ir resueltas por vía administrativa conforme al artículo 30.1 de LRJPA. Ello no obsta a acentuar la evidente discriminación entre dichas figuras con las contenidas en los capítulos II y III, para las que sí se prevé la forma imprudente. ACALE SÁNCHEZ, M., en Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 298, acepta la opción no penalizadora del tipo del injusto del artículo 319 del Código Penal que alude a la posibilidad de que el legislador haya reservado la acción penal para los ataques más graves al bien jurídico, decidiendo asimismo que la comisión imprudente se castigue en el ámbito administrativo o la exclusión se realice en el tipo imprudente cuando se deba a una práctica imposible. Incluso que el legislador haya excluido la práctica de una forma arbitraria. GÓRRIZ ROYO, E., en Protección penal de la ordenación sobre el territorio, op. cit., 1110, valora en sentido positivo y en coherencia con la última ratio del Derecho Penal y de los postulados de fragmentariedad y subsidiariedad, la ausencia del modo imprudente como forma de comisión en el delito urbanístico. Por

de esta manera las acciones u omisiones imprudentes se castigarán sólo cuando lo disponga la ley, y éste es el caso.

Según CORCOY BIDASOLO-MIR PUIG sólo cabe la comisión dolosa de este delito<sup>513</sup> y se puede absolver por ausencia de dolo<sup>514</sup>. Para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, es un tipo doloso, siendo suficiente el dolo eventual, con la relevancia particular de la teoría del error<sup>515</sup>. La figura del delito se construye sobre términos normativos jurídicos, así que, siguiendo la regla general del Derecho Penal socioeconómico, un error sobre tales términos constituirá un error de tipo, que coincidirá en todo caso con la exención de responsabilidad penal, al no preverse una figura imprudente en los delitos urbanísticos<sup>516</sup>.

La imputación a título de dolo, ya sea directo o eventual, requiere verificar el elemento intelectual, que es el conocimiento por parte del sujeto de los elementos descriptivos, en nuestro caso urbanización, construcción y edificación<sup>517</sup>, de los que se exige tener un conocimiento actual, dada la accesibilidad empírica de estos conceptos. Y además, de los elementos normativos, como es el carácter no autorizable o la condición de suelo no urbanizable. En relación a estos últimos, dada su naturaleza reglada, no se requiere una exacta subsunción jurídica, sino que basta una “valoración paralela en la esfera de lo profano”<sup>518</sup>. Debe extenderse, pues, el elemento cognitivo a la concurrencia en el hecho de los datos que el precepto penal

---

el contrario, con la ausencia de punibilidad de forma culposa del delito urbanístico, se muestra crítico DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., en “Protección penal de la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 197, quien conforme a la no previsión del delito imprudente, afirma la falta de determinación expresa de la sanción de las acciones imprudentes que provocará, en virtud de los artículos 17.2 y 15, la impunidad de los supuestos de error evitable, de error de tipo, lo que, como opción consciente de política criminal, no considera en este caso recomendable. En el mismo sentido, enjuiciando la no previsión expresa de la modalidad imprudente, se revela SALINERO ALONSO, C.: “Delitos sobre la ordenación del territorio...”, op. cit., pág. 2.

<sup>513</sup> CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG. S.: Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 722.

<sup>514</sup> SAP Las Palmas 1ª 290/09.

<sup>515</sup> SAP Cádiz 11-9-98.

<sup>516</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal. Parte Especial, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, CD.

<sup>517</sup> GÓRRIZ ROYO, E., Protección penal de la ordenación del territorio...op. cit., pág., 1113.

<sup>518</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., El tipo de injusto en los delitos de mera actividad...op. cit., 287.

considere necesarios para que el hombre “medio ideal”, desde el punto de vista del Derecho, reconozca el carácter prohibido de la conducta<sup>519</sup>.

Si tomamos de partida el dolo, como es parecer común<sup>520</sup>, es decir, el conocimiento y voluntad de la realización de los elementos del tipo penal, promotor, constructor y técnico director lo conocen<sup>521</sup>, y quieren llevar a cabo una construcción no autorizable en suelo no urbanizable. Respecto al artículo 319.2, el carácter no autorizable de la edificación se deriva del planeamiento urbanístico en suelo no urbanizable, careciendo de licencia y no siendo susceptible de ser concedida, conforme al término “no autorizable”<sup>522</sup>.

Las características del delito se refieren, por tanto, a la apreciación del dolo. El conocimiento material del dolo exige que los autores materiales de la conducta prohibida hayan de tener un conocimiento actual de los elementos descriptivos y objetivos, tanto como los normativos, constitutivos del injusto típico. El conocimiento no se traduce en que el promotor, constructor o técnico director, cuando realicen la acción de urbanizar, construir o edificar, posean un conocimiento técnico exacto de todos y cada uno de los elementos que configuran el tipo legal. Será entonces suficiente un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de los elementos que integran el tipo objetivo<sup>523</sup>. Por lo tanto, el constructor, promotor o técnico director han de conocer que la conducta está prohibida<sup>524</sup>, se

---

<sup>519</sup> DÍAZ GARCÍA Y CONLLEDO, M., “¿Error de tipo o error de hecho?”, El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz., (Coord. QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F.), Pamplona, 2001, págs. 210 y 211.

<sup>520</sup> RAGUÉS I VALLÉS, R.: El dolo y su proceso penal, Editor Bosh, Barcelona, 1999, págs. 28 y 29. Confirma que la mayoría de autores entienden que para que concurra una realización dolosa hace falta no solo el conocer sino también el querer la realización del tipo delictivo. Si bien en relación a estos dos elementos, afirma este autor, específicamente en la pág. 32, que el conocimiento y voluntad no pueden tener el mismo alcance.

<sup>521</sup> El elemento del dolo es cognitivo y como tal debe abarcar la concurrencia en el hecho concreto de todos esos datos necesarios y suficientes para que el Derecho reconozca el carácter prohibido de su conducta, el sujeto debe de conocer la concurrencia del hecho en el sentido material auténtico del elemento. DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M., “¿Error de tipo o error de hecho?” en El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, 2001, págs. 210 y 211.

<sup>522</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, M. B.: Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 187.

<sup>523</sup> DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M.: “¿Error de tipo o error de hecho?”, op. cit., pág. 210 y ROXÍN, C.: Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, 2006, pág. 460.

<sup>524</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 198.

realiza una obra no autorizable, careciendo de la preceptiva licencia y que no es susceptible de posterior legalización, dado que no es “autorizable”.

Si concretamos estas consideraciones, en el artículo 319.1 el autor tiene que tener conocimiento tanto de que el suelo donde se lleva a cabo la construcción pertenece a algunas de las categorías penales previstas en el precepto penal, es decir suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, histórico o cultural o por los mismos motivos haya sido considerado de especial protección, como que dicha obra no es autorizable. No es preciso que se tenga un conocimiento técnico de los suelos y lugares, ni de la imposibilidad técnica de conseguir las licencias en relación a las obras, sino que basta saber de la exigencia de la regulación jurídica de los lugares que se han previsto en el precepto penal y que conozcamos que la urbanización, construcción o edificación sobre ellos no es autorizable<sup>525</sup>.

Resulta esencial, por tanto, en el artículo 319, que el autor conozca que el suelo sobre el que se lleva a cabo la obra pertenece, en todo caso, a la categoría de “no urbanizable”, además de que la edificación carece de licencia y no es susceptible de legalización *ex post*<sup>526</sup>. De esta manera se reitera en varias resoluciones que, en el delito previsto en el artículo 319.2 del Código Penal, el dolo debe extenderse “al conocimiento de que la edificación es no autorizable... y que se efectúe en suelo no urbanizable”<sup>527</sup>.

En los delitos del artículo 319 del Código Penal el autor de los mismos tiene que saber que lo que llevan a cabo son obras de urbanización, construcción o edificación que, en modo alguno, van a poder obtener licencia. Los posibles autores de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto, deben conocer los hechos que realizan y que estos deben de ir referidos a los

---

<sup>525</sup> GÓRRIZ ROYO, E., Protección penal de la ordenación del territorio...op. cit., pág., 1114.

<sup>526</sup> MUÑOZ CONDE, F., en Derecho Penal. Parte General, 12<sup>a</sup> edición....op. cit., pág. 573.

<sup>527</sup> SAP de Alicante de 21 de junio de 2001 (ARP 2001/359) ARP 2001/359. Este concepto de dolo se reproduce en los delitos del 319. 2. Cfr., entre otras, la SAP de Baleares de 29 de abril de 2000 (F J 4º, ARP 2000/733) y en las SSAP de Zaragoza de 11 de mayo y 15 de junio de 1999 (FF JJ 2º y 3º respectivamente).

elementos normativos y deben ser conscientes de la antijuridicidad de dicha actividad.

Dichos extremos son constatables cuando el autor de estos delitos sea un técnico director puesto que este es un profesional que conoce la *lex artis* que le es propia, esto es, entre otros conocimientos es obvio que conoce las circunstancias del suelo donde se llevan a cabo y es consciente de si pueden ser autorizables. En el caso del constructor profesional debe saber si la construcción o edificación que va a ejecutar es autorizable y si se ajusta al proyecto presentado o excede del mismo, o si se está edificando en total deformidad respecto al proyecto inicial. El promotor profesional es el inversor financiero y el principal interesado en obtener beneficios económicos, este no puede actuar sin conocimiento acerca de la realidad del suelo donde se realizarán las obras y puesto que le corresponde solicitar la licencia urbanística, debe tener conocimiento de todos los extremos que se refieren a la misma, y por supuesto, cuándo ésta sería imposible de conseguir al tratarse de una obra “no autorizable”.

En los supuestos en los que se trate de un particular autoconstructor, promotor o constructor, para constatar el elemento intelectual, el nivel de conocimientos que se le exige no será tan elevado como el exigible a los anteriores, basta con que conozca que el suelo sobre el que está construyendo pertenece a los supuestos previstos en el tipo penal y que lo que realiza es una construcción o edificación que no puede obtener licencia<sup>528</sup>. De hecho, existen sentencias como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 31 de mayo de 1.999, en las que se excluye la apreciación de un error de prohibición invencible precisamente porque se demuestra que el acusado es un particular no profesional de la construcción y era consciente de la antijuridicidad de su conducta.

En otra Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, la de 11 de septiembre de 1998, se admite que un particular, de profesión mecánico, pueda ser considerado “promotor” excluyendo además que incurra en un error de prohibición puesto que se demuestra que conocía el significado antijurídico de su conducta porque desde el

---

<sup>528</sup> GÓRRIZ ROYO, E., Protección penal de la ordenación del territorio...op. cit., págs., 1115 y 1116.

inicio de la construcción, sabía que era contraria al planeamiento urbanístico y conocía que podía serle impuesta una multa. Ello viene a afirmar la concurrencia del dolo penal.

Para la prueba del elemento cognitivo podrían resultar indicios válidos la realización de las comunicaciones y apercibimientos por parte de la autoridad para la paralización de la obra, tal como se dispone, y como ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 26 de abril de 2000.

El segundo elemento que tenemos que verificar para que proceda la imputación a título de dolo, es el volitivo, el cual implica que el sujeto no sólo posee la información acerca del peligro para el bien jurídico, sino que acepta o admite, es decir, la hace el fundamento de su acción y eso significa “quererla”<sup>529</sup>.

En este delito se admite el dolo de primer grado, ya que los sujetos dirigen su actuación a la realización del tipo penal del artículo 319, llevando a cabo una urbanización, construcción o edificación no autorizable en suelo no urbanizable, alterando con esta conducta las propiedades del suelo donde se llevan a cabo<sup>530</sup>.

Para apreciar el dolo directo de primer grado tendremos que constatar que el autor quiere dirigir las consecuencias de llevar a cabo las obras de urbanización, construcciones y edificaciones previstas, al fin de lesionar el bien jurídico “ordenación del territorio y el urbanismo”, puesto que quiere producir una explotación irracional o antisocial del uso del suelo. GÓRRIZ ROYO considera infrecuente que en la práctica ésta sea la clase de dolo que dirija la actuación del sujeto para cometer los delitos del 319<sup>531</sup>, siendo más usual la concurrencia del dolo directo de segundo grado<sup>532</sup>, esto es, que el autor de las construcciones y

---

<sup>529</sup> DÍAZ PITA, M.M., en atención a la caracterización conceptual del dolo propuesta por HASSEMER, W., en *El dolo eventual...* op. cit., pág. 165.

<sup>530</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, M. B.: *Delitos urbanísticos*, op. cit., pág. 190.

<sup>531</sup> En sentido próximo BARRIENTOS PACHO considera que nos es preciso un dolo específico de atentar contra el planeamiento urbanístico, “...bastando con el genérico ínsito en el conocimiento de la realidad jurídica del suelo en que se construye o edifica y la voluntad de llevar a cabo la construcción o edificación, no obstante la carencia de licencia o la imposibilidad de su realización por impedirlo la calificación del suelo”, en “*Delitos relativos a la Ordenación del Territorio*”, op. cit. pág. 1558.

<sup>532</sup> De esta opinión también, ACALE SÁNCHEZ, M., en *Delitos urbanísticos...* op. cit. pág. 299. BLANCO LOZANO, C., *El delito urbanístico...* op. cit. pág. 171.

edificaciones del artículo 319, se represente como consecuencia necesaria de esta actuación, la explotación irracional del suelo. Sin embargo, dicha concurrencia será aceptada aunque no directamente perseguida, ya que lo normal será que con su actuación se pretenda otra clase de fines como -en el caso de profesionales- la obtención de un beneficio económico, por lo que actuará con ánimo de lucro, como ejemplo tenemos el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres de 7 de mayo de 2001<sup>533</sup>. Aunque en el caso de los particulares, es frecuente que actúen motivados únicamente por el interés de adquirir una vivienda en determinados lugares y acepten como consecuencia la privación a la comunidad de los espacios públicos de disfrute.

Ciertamente, la forma de dolo más común en estos delitos, será, como acabamos de indicar, el dolo directo de segundo grado, dado que el fin perseguido estará constituido, de forma generalizada, por la obtención de ventajas económicas, dejando un poco de lado la lesión del bien jurídico que no es la finalidad general. Se trata, en este caso, de un lucro comercial o especulativo, en el caso de profesionales; o en el caso de los particulares, se trata de ahorro en los costes simplemente. Existe, como se puede comprobar, una dificultad de diferenciar medios y fines; al margen de ésta, el dolo no se refiere a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino a los elementos objetivos del tipo, donde no encontramos el bien jurídico. En opinión de BOLDOVA PASAMAR, el dolo será directo y de primer grado, y su fin será llevar a cabo una construcción, para obtener ventajas económicas, que a su vez quedan fuera del tipo. Si no existe conocimiento por parte del sujeto, en relación con las cualidades típicas del suelo o el carácter no autorizable de la obra, bastaría el dolo eventual o el dolo irreflexivo o acompañante de los elementos típicos. En cambio BOLDOVA, no ve posible un dolo directo o de segundo grado, en el hecho de llevar

---

<sup>533</sup> ARP 2001/631. En esta resolución se concluye que el actuar doloso de los sujetos del art. 319 C.P. está "...guiado por un afán de lucro...", de modo que se promociona o construye "...no tanto para sí mismo sino para obtener beneficio económico, guiándole un ánimo de enriquecerse con esa promoción o construcción..." Como ya pusiera de manifiesto RODRÍGUEZ RAMOS, "conviene no olvidar los enormes beneficios que se han derivado de la especulación del suelo, de la construcción y (...) de la elaboración de planes generales, parciales, y proyectos de urbanización, enormes beneficios económicos para los particulares que no, como es evidente, para la colectividad. Quiere esto decir que en el Urbanismo como en la droga hay un problema de fondo que no es otro que el lucro, problema contra el que muy parcialmente puede luchar la norma penal, sobre todo si previamente no se aplican las medidas políticas y preventivo-administrativas oportunas", en "La protección penal del urbanismo...", op. cit. págs. 44 y 45. En opinión ACALE SÁNCHEZ, en el delito del art. 319.1 C.P. "los autores del mismo actúan con un ánimo tendencial, el ánimo de lucro, que es precisamente el que les impulsa a actuar de esa forma y no de otra, es decir, sin ajustarse a las

a cabo una construcción o edificación que constituya una consecuencia unida a la consecución de otro fin, aunque desde su punto de vista constituirá igualmente una conducta delictiva. Podría suceder lo contrario, que unido a consecución del fin de llevar a cabo una construcción, se produzca un delito contra el medio ambiente, contra el patrimonio histórico, de desobediencia, etc....<sup>534</sup>.

En lo que respecta al dolo directo de segundo grado, se aceptaría llevar a cabo una urbanización, construcción o edificación no autorizable en suelo no urbanizable por parte del promotor, constructor o técnico director. Dicho dolo, a diferencia del primer grado, no persigue la realización del tipo penal, aceptando las consecuencias típicas de la conducta perseguida<sup>535</sup>. Los autores que se han mostrado a favor de la realización de este delito mediante dolo directo de segundo grado, afirman que son supuestos cuyo dolo consiste más bien, como acabamos de indicar, en un afán ganancial con ánimo de lucro que es lo que les impulsa para actuar de esta manera<sup>536</sup>.

Otro problema es el de la admisión del dolo eventual en los delitos urbanísticos, aunque resulta usual su utilización entre los autores que han tratado este delito<sup>537</sup>. La problemática, en dicho caso, viene dada por la especificación de los supuestos concretos en que se puede observar el dolo eventual, cuyo problema es destacable no solo en este caso concreto, sino también a los efectos de la teoría general del dolo y las diversas teorías que elabora la doctrina penal cuya intención es verificar la conducta dolosa a título de dolo eventual<sup>538</sup>.

---

normas urbanísticas vigentes.” En El tipo de injusto en los delitos de mera actividad... op. cit. pág. 289.

<sup>534</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 198.

<sup>535</sup> MIR PUIG, S.: Derecho Penal..., op. cit., pág. 265 y del mismo autor “Conocimiento y voluntad del dolo”, Cuadernos de Derecho judicial, 1994, pág. 20.

<sup>536</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos urbanísticos, op. cit., págs. 299 y 300; y GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación..., op. cit., pág. 1118.

<sup>537</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Los delitos relativos a la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 317; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “Los delitos urbanísticos relativos a la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 168; MORALES PRATS, F. / TAMARIT SUMALLA, J. M.: Comentarios a la parte Especial...op. cit., pág. 1495; GARCÍA PLANAS, G.: “El artículo 319.1: construcción no autorizada en espacios...”, op. cit., pág. 46; igualmente ACALE SÁNCHEZ, M., en “El delito urbanístico”, en Memento Penal de la Empresa, 2004-2005, Francis Lefebvre, Madrid, 2003, pág. 5260, admite que cabría el dolo eventual, pues su no admisión llevaría a insatisfactorias consecuencias.

<sup>538</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, M. B.: Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 192.

Este dolo eventual consiste en que el sujeto activo del delito no persigue la realización del tipo penal, pero con su actuación se representa la alta probabilidad de su realización y pese a todo ello el sujeto activo continúa con su actuación. Al ser el dolo el conocimiento y la voluntad de la realización de un hecho típico y partiendo de esta premisa, el dolo eventual tiene que contener estos dos elementos, aunque no con la misma intensidad que el propio dolo directo de primer o segundo grado. La conducta del dolo eventual trata de una situación que ocurre eventualmente como indica este término. El dolo eventual no requiere de elementos volitivos donde se renuncia a la voluntad.

El hecho típico, a diferencia del dolo directo de primer grado, en el dolo eventual, consiste en que el sujeto activo no dirige su actuar conforme a la consecución de una finalidad, sino que en este caso concreto de dolo eventual, será la consecuencia de su posible actuación<sup>539</sup>. En dicho caso, según SÁNCHEZ DOMINGO y GÓRRIZ ROYO, es posible que apreciásemos un error de tipo<sup>540</sup>, al que en otro momento nos referiremos, y que habría que valorar siempre atendiendo a las circunstancias.

Para imputar los delitos del artículo 319, bastaría con constatar el dolo eventual, en los casos en que el autor se represente como probable la posibilidad de que se actúe sobre alguno de los suelos a los que hace referencia dicho artículo<sup>541</sup>, y además, que pese a ello decida llevar a cabo sin licencia, al no ser autorizables, las obras de urbanización, construcción o edificación que se encuentran previstas en este precepto. La admisión del dolo eventual para imputar responsabilidad *ex* artículo 319

---

<sup>539</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1998.

<sup>540</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, M. B.: Delitos urbanísticos, op. cit., págs. 194 y 195 y GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1130, quien lo soluciona como un error de tipo.

<sup>541</sup> QUINTERO OLIVARES, G., en “Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 376.

del Código Penal es reconocida de forma unánime tanto por la doctrina<sup>542</sup> como por la jurisprudencia<sup>543</sup>.

Debemos finalizar, reiterando la imposibilidad de la comisión del delito del artículo 319 del Código Penal, relativo a la ordenación del territorio y el urbanismo, mediante imprudencia, siendo la única posibilidad de comisión de este delito el dolo, mediante alguna de sus las diferentes modalidades a que hemos aludido..

## **2.2. Exigibilidad o no exigibilidad.**

El tercer presupuesto esencial del juicio de culpabilidad se refiere a la necesidad de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma, la cual, como contrapartida, tendrá determinadas causas correlativas de inexigibilidad que provocarán su concepción negativa y en consecuencia, la negación del juicio de culpabilidad.

La responsabilidad penal no solamente dejará de existir cuando se den condiciones de inimputabilidad, sino también cuando exista una situación motivacional anormal que ningún hombre medio hubiera podido superar. En estos casos, esa presión excepcional que no se podría soportar, provocaría la actuación del sujeto en una situación de “no exigibilidad”, quedando excluida la responsabilidad penal.

Respecto a la exigibilidad, a mi juicio, al analizar la concurrencia de las causas de inexigibilidad o eximentes previstas en el artículo 20 del Código Penal, tenemos que descartar el miedo insuperable del artículo 20.6 del Código Penal,

---

<sup>542</sup> DE LA CUESTA ARMENDI, J. L., en “Delitos relativos a la ordenación del territorio...”, op. cit., pág. 317; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., en “Los delitos relativos a la Ordenación del Territorio...op. cit., pág. 168; MORALES PRATS/TAMARIT SUMALLA, en Comentarios...op. cit., pág., 1495; GARCÍA PLANAS, G., El delito urbanístico...op. cit., pág. 80; GÓRRIZ ROYO, E., Protección penal de la ordenación del territorio...op. cit., pág. 1119.

<sup>543</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres de 7 de mayo de 2001 (núm. 30/2001) y las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Alicante de 21 de junio de 2001, de Almería de 29 de marzo de 2000, de Zaragoza de 11 de mayo de 1999 (núm. 226/1999), de Zaragoza de 15 de junio de 1999 (núm. 277/1999), así como la más reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, de 5 de diciembre de 2011 (núm. 563/11).

puesto resultaría inviable con respecto a los delitos del artículo 319, ello es debido principalmente a las dificultades doctrinales para admitir dicha eximente respecto a los bienes jurídicos supraindividuales<sup>544</sup>.

Y respecto al estado de necesidad excusante del artículo 20.5, que ya tratamos en otro momento, consideramos que es difícil reconducir a esta eximente incompleta, los supuestos en que la acción de salvamento vaya dirigida a lograr la salvaguarda de un bien de igual valor, ya que, en el caso que nos ocupa, habría que dotar de igual valor al bien jurídico de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo que se tutelan en el artículo 319, y al interés a preservar el desarrollo económico de la empresa, y esto, como afirma GÓRRIZ ROYO, resulta inadmisibile. Ello es debido a que, como ya pusimos de manifiesto, existen dificultades para admitir que el sujeto, que normalmente es el empresario promotor o constructor, en este caso concreto, no tenga medios para evitar el mal, es decir la “crisis de la empresa”, más que la comisión de uno de los delitos contemplados en el artículo 319. Además, otro requisito que faltará por lo general para apreciar la eximente en el artículo 20.5, es el del apartado tercero-“que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”-, debido a que el empresario tiene la obligación de soportar los riesgos que se derivan de la actividad de su empresa, por razón de su profesión. En el caso de un trabajador de la empresa, el requisito de la no obligación de sacrificio, podría admitirse. Pero, para ambos sujetos, será prácticamente imposible demostrar que se hallan en una situación de necesidad y que el mal que causan al bien jurídico “ordenación del territorio y urbanismo” no es mayor que la crisis de la empresa que tratan de evitar. En definitiva, la admisión del estado de necesidad excusante, y como ya pusimos de manifiesto, resulta difícilmente admisible en relación con los delitos del artículo 319 del Código Penal<sup>545</sup>.

---

<sup>544</sup> CUERDA ARNAU, M. L., El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad, Valencia, 1997, págs. 128 y ss.

<sup>545</sup> GÓRRIZ ROYO, E., Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1139.

### **3. El error.**

A pesar de que, a lo largo de la tesis, nos hemos referido, en diversas ocasiones, a los supuestos de concurrencia de alguna clase de error, para excluir la culpabilidad, en los delitos del artículo 319, hemos creído conveniente dedicar un breve epígrafe, y a modo de recapitulación, al tema esencial del error sobre los elementos normativos de estos delitos. En concreto, nos referiremos al error sobre la imposibilidad de concesión de licencia al tratarse de obras no autorizables, y al referido a las categorías de suelos y lugares, así como, brevemente, al error de prohibición y la tolerancia administrativa. Asimismo, dedicaremos unas páginas al tema, siempre discutible, de la vencibilidad o invencibilidad del error, para finalizar con el posible error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación.

#### **3.1. Error de tipo.**

El error que implique ausencia de conocimiento, constituye un error de tipo. En general, se daría en los casos en que el autor no sabe que la imposibilidad de obtener una licencia es un hecho que verifica un elemento de los tipos legales del artículo 319 del Código Penal, como cuando aún sabiendo que es un elemento típico, cree que no concurre en su conducta.

El error de tipo puede plantearse en los supuestos en que el autor haya solicitado la preceptiva licencia, así como las otras que considere que sea preciso obtener cuando, en realidad, las obras no son “autorizables” o bien se pretenden realizar en suelo “no urbanizable”, comenzando a ejecutar las construcciones o edificaciones previstas en el artículo 319, aunque finalmente se le notifica la imposibilidad de llevar a cabo las obras en cuestión.. Se trataría, en todo caso, de un error vencible, ya que resulta exigible al sujeto que empieza a construir que se cerciore del pronunciamiento administrativo y, en relación a los supuestos del artículo 319, que las obras son “autorizables”.

Ciertamente, el error de tipo desempeña un papel relevante cuando el sujeto crea que ha obtenido la licencia urbanística para llevar a cabo las construcciones o

edificaciones previstas en los lugares del artículo 319, y dicha autorización no exista, ya que en la misma concurre un vicio de nulidad. Si el sujeto, además, desconoce las razones por las cuales la licencia adolece de vicios de nulidad, cabría apreciar un error de tipo. Respecto a la nulidad, como es obvio, resultaría ocioso discutir acerca del carácter manifiesto o no de la misma, con la finalidad de determinar en abstracto si el error de tipo es, respectivamente, vencible o invencible, porque, como bien afirma GÓRRIZ ROYO, al fin y al cabo, se excluirá la responsabilidad de su conducta<sup>546</sup>.

Si el sujeto activo es profesional, la alegación de un error de tipo es irrelevante pues a cualquiera de los sujetos activos -promotores, constructores y técnicos directores-, se presupone que tienen aptitud y conocimientos técnicos para saber que no es posible llevar a cabo obras de urbanización, construcciones y edificaciones no autorizables en los suelos donde se cometen los delitos urbanísticos<sup>547</sup>. La imputación subjetiva en Derecho Penal, sin embargo, no puede partir de presunciones *iuris et de iure* de este tipo<sup>548</sup>. Y ello, aunque excepcionalmente concurriría en ciertos sujetos la ineptitud profesional, ya que para éstos podría resultar desconocida la legislación o el planeamiento urbanístico, así como los errores que se refieren a los valores y cualidades del suelo o del lugar, y a la ilegalidad o a la imposibilidad de concesión de la autorización.

Respecto a los errores de tipo, según BOLDOVA PASAMAR, hemos de diferenciar los supuestos de error de subsunción, que serían irrelevantes y carecen de consecuencias jurídicas, a diferencia de aquél. Como ejemplo, podemos observar el supuesto de un sujeto que puede pensar que una piscina o fuente no es una construcción a los efectos del artículo 319, aunque a su vez conoce que la obra acometida en suelo especialmente protegido no es autorizable (dolo) y que es ilegal (es consciente de su antijuridicidad). De igual forma, habría que calificar como error de subsunción irrelevante el supuesto del sujeto que piensa que una construcción

---

<sup>546</sup> GÓRRIZ ROYO, E., Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1131.

<sup>547</sup> Vid, entre otros, GORRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio, op. cit., págs. 1111, 1123 y 1136.

<sup>548</sup> En este sentido, ROMÁN GARCÍA, F.: Derecho Penal Administrativo, op. cit., pág. 66.

prefabricada queda fuera del concepto de edificación<sup>549</sup>. GÓRRIZ ROYO cita como un caso de error de subsunción el supuesto de que el sujeto tenga conocimiento de que la construcción se realice sobre alguno de los suelos que se encuentren tipificados en el delito, como objetos materiales del artículo 319 (por ejemplo, conoce que el suelo es de interés paisajístico), aunque a su vez desconoce cómo se concreta en el planeamiento urbanístico (como suelo no urbanizable especialmente protegido por su valor paisajístico)<sup>550</sup>.

Conforme a la calificación dada, en general, a los supuestos de error de subsunción, se podría admitir el error de prohibición, sobre todo en los supuestos en los que existe una creencia equivocada de la licitud de la conducta, que se fundamenta en una confianza de la subsanación de la ilegalidad atinente a la ausencia de autorización, en supuestos en que realmente las obras no son “autorizables”. Esta confianza se puede derivar de supuestos de tolerancia administrativa, o en casos como el enjuiciado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 30 de junio de 2000, en que los acusados habían pagado la multa impuesta por las correspondientes infracciones administrativas y con ello creyeron haber subsanado la irregularidad de la edificación que habían llevado a cabo.

En los supuestos previstos en el artículo 319 cabe apreciar, con carácter general, la concurrencia del error de tipo en relación a las categorías de los suelos y lugares, que es evidente en los casos en los que el autor urbaniza, construye o edifica sin tener conocimiento de que lleva a cabo esta actividad en suelos o en lugares previstos en el precepto penal, como ejemplo, llevar a cabo una edificación en suelo con valor histórico administrativamente reconocido, si el sujeto que comete el delito ignora que se ha producido este reconocimiento. Si reconducimos estos supuestos al error de tipo, es indiferente comprobar la vencibilidad o invencibilidad de los mismos, ya que no se prevé la modalidad imprudente de los delitos contemplados en el artículo 319, tanto el error de tipo invencible como el vencible determinan la impunidad de su comportamiento<sup>551</sup>.

---

<sup>549</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 202.

<sup>550</sup> GORRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio, op. cit., pág. 1133.

<sup>551</sup> Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 de mayo y 15 de junio de 1999.

Además de estos casos, se pueden dar supuestos en que aún conociendo que se realizan determinadas obras sobre alguno de los suelos tipificados como objetos materiales del artículo 319, por ejemplo, se sabe que es un lugar paisajístico, se desconozca la clasificación concreta del planeamiento urbanístico, es decir, no se sabe que es un suelo no urbanizable especialmente protegido por su valor paisajístico, lo cual puede ser considerado como un error de subsunción, irrelevante a efectos penales.

Los supuestos más complejos, que se plantean con mayor frecuencia, son aquellos en los que concurren dos errores que versen sobre el requisito de la imposibilidad de la autorización y sobre las referencias típicas de las categorías de los suelos, respectivamente. Como ejemplo, puede darse el supuesto de que se construya o edifique sobre suelo no urbanizable, en la creencia errónea de que es urbanizable y que por ello no se solicite la preceptiva licencia de obras ni las que, en su caso, debieran obtenerse adicionalmente por considerar que no se precisan en esta clase de suelo.

En el caso anterior, puesto que el error acerca de la calificación jurídica del suelo proviene de la ausencia de conocimiento en relación con el significado jurídico de dicha categoría, de manera que ni siquiera se tiene un conocimiento aproximado sobre la misma, podemos calificarlo como un error de tipo, que a su vez origina otro error de tipo sobre el requisito de la preceptiva obtención de licencia, conforme al artículo 14. 1 del Código Penal<sup>552</sup>.

Resulta muy significativa, respecto a la conciencia sobre la antijuridicidad de la conducta, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, de 5 de diciembre de 2011, en la que se afirma que “hay que tener en cuenta las posibilidades con que cuenta el sujeto para informarse y asesorarse con respecto a una conducta que requiere de información y asesoramiento previos. Pues bien, en estos casos en los que la conducta se medita y decide a lo largo de un período prolongado de tiempo, y en que el sujeto prescinde de las más elementales pautas de comportamiento y de información y asesoramiento previos, de los que resultaría el

---

<sup>552</sup> Cfr. GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1134.

cumplido conocimiento del elemento normativo del tipo (esto es, que el lugar es zona de reconocido valor ecológico, y especialmente protegida por ello, en la que no cabe construir) y de la consiguiente ilicitud de la conducta proyectada, no hay un mero error vencible o evitable (una mera imprudencia), sino dolo eventual”. Y además, añade esta sentencia, insistiendo en una interpretación ciertamente estricta, y en un sentido garantista respecto al bien jurídico protegido, que ”el error de tipo hay que valorarlo en función de las circunstancias en que se realiza la acción típica. No es lo mismo una acción realizada rápidamente o sobre la marcha, en unas circunstancias cambiantes o imprevistas ante las que el sujeto reacciona con celeridad, que una acción fruto de largo tiempo de maduración o pensamiento”, añadiendo después que “no hay auténtico desconocimiento cuando el sujeto desiste de conocer lo que sabe o intuye que no conviene a sus intereses, o cuando desiste de conocer o comprobar tras surgirle dudas”. La claridad de esta sentencia no merece comentario.

### **3.2. Error de prohibición.**

Se emplean numerosos elementos normativos en los delitos urbanísticos, que producen un vaciamiento prácticamente completo de la posibilidad de apreciar un error de prohibición del artículo 14.3 del Código Penal, que excluye la culpabilidad (no la antijuricidad) de la conducta<sup>553</sup>. Como hemos visto, en el artículo 319.1 la imposibilidad de la autorización pertenece al tipo, por lo cual la creencia errónea de que concurre una autorización, sea vencible o invencible, excluye el tipo y es un error de tipo, no de prohibición. Pero si se piensa que a pesar de no tener autorización, podría obtenerla siempre que regularice la situación y pague una multa, considerando por error que la construcción es autorizable, podría existir error de prohibición. En el artículo 319.2 del Código Penal, el carácter no autorizable de la construcción pertenece también al tipo; si el autor del delito piensa, por error, que la edificación es autorizable, cuando en verdad no lo es, se trataría aquí de un error de tipo<sup>554</sup>. Pero si a pesar de que no sea autorizable la edificación y teniendo conciencia de ello, el propio sujeto, estima erróneamente, que al contar con una licencia que

---

<sup>553</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 202.

<sup>554</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995, op. cit., pág. 320.

obtenga, como ejemplo, mediante error de la Administración, podrá esperar no ser sancionado, entonces podríamos plantearnos que nos encontramos ante un error de prohibición. Sin embargo, dichos errores de prohibición pueden resultar dudosos, puesto que en ambos supuestos se obra mediante plena conciencia de que se está ante un hecho antijurídico<sup>555</sup>. En este último tipo delictivo, el error puede versar sobre el carácter no urbanizable del suelo o sobre la falta de autorización de la edificación, y el error en cualquiera de dichas posiciones se consideraría, como ya hemos visto, un error de tipo<sup>556</sup>.

En relación a los elementos normativos referidos a los suelos y lugares previstos en el artículo 319, y en referencia al requisito de ausencia de autorización, cuando, ciertamente, las obras no son “autorizables” puede concurrir un error fomentado por una actitud pasiva de la Administración, esto es, por supuestos de “tolerancia administrativa”.

La confianza errónea en una futura legalización de las construcciones y edificaciones del artículo 319, que se encuentra fomentada por una actitud tolerante de las autoridades administrativas, constituye un error de prohibición del artículo 14.3 del Código Penal, y siempre que la pasividad de la Administración induzca a pensar al autor de los delitos del artículo 319, que su conducta es lícita, o cuando menos que la antijuridicidad de ésta podría quedar excluida en un futuro.

La tolerancia administrativa se puede probar mediante indicios, como el pago de tributos para el suministro de luz y agua, en las construcciones o edificaciones

---

<sup>555</sup> La SAP de Cádiz de 30-06-2000. (ARP 2000/2469) plantea como un error de prohibición del artículo 319.2 CP un caso en el que se considera perfectamente asumible que los implicados, con total ausencia de mala fe, creyeran que el expediente administrativo sancionador que les fue instruido por el Ayuntamiento y el pago de multa impuesta, solucionaban la irregularidad de sus conductas urbanísticas, “pues, no ya a personas de escasa formación, sino incluso de mejor nivel, no les resulta, en ocasiones, fácil discernir entre los ilícitos penal y administrativo”. Con ello, sin embargo, se confirma la conciencia de la antijuridicidad de la conducta (que no tiene que versar sobre su carácter jurídico-penal), siendo un supuesto de error sobre la punibilidad, pero que tiene lugar en un momento posterior a su realización y a la consumación del delito, y que en este sentido poco puede tener que ver con la valoración jurídico-penal del mismo en cuanto a la culpabilidad por el hecho, aunque sin embargo, si el sujeto considera que con el pago de la multa ya ha regularizado la situación en torno a la construcción, creará al mismo tiempo que la edificación (que reanuda o prosigue) es autorizable y, por tanto, en tal caso, estaremos realmente ante un error de tipo.

<sup>556</sup> FARALDO CABANA, P.: “Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente” en AAVV: El Código Penal y la legislación especial, Tirant lo Blanch, 2011, pág.153.

realizadas o el pago de las contribuciones para el pavimentado y la instalación eléctrica de las calles donde se llevan a cabo dichas obras. En dichos casos, la actividad del sujeto activo no vulnera la norma penal<sup>557</sup>. Y puesto que una actitud tolerante y generalizada de la Administración obstaculiza eliminar el error (sobre todo en el caso de los particulares), dicho error sería invencible. Debido a que determinar la vencibilidad en éste y en otros supuestos puede resultar conflictivo, hemos creído necesario realizar, a continuación, determinadas consideraciones al respecto. En concreto, vamos a aludir, finalmente, y en relación a los dos tipos de error examinados, a las posibilidades teóricas de distinción entre **error vencible e invencible**, así como a hacer una última consideración sobre el posible error sobre las causas de justificación.

Para admitir el error de tipo y el de prohibición, tenemos que acudir a las circunstancias del hecho y a las personales del autor. Así, cabe sistematizar brevemente los supuestos en que estas circunstancias objetivas y sustantivas pueden actuar a modo de límites para admitir el error o determinar si su carácter es vencible o invencible.

Un límite objetivo que impide admitir la concurrencia del error, es la evidencia notoria y pública de que los hechos cometidos son constitutivos de delito. Así, el Tribunal Supremo reconoce en la Sentencia de 29 de septiembre de 1999 (Recurso de Casación nº 2568/1996) que “...no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente...” (en su Fundamento Jurídico 9º).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 31 de mayo de 1999, en atención a este límite, rechaza la apreciación de un error invencible, entre otros argumentos, porque en el supuesto enjuiciado “...no solo es notoria, pública y evidente la ilicitud (al menos la administrativa) de las construcciones ilegales sin licencia, o no autorizables; sino que incluso su tipificación penal ha resultado ampliamente difundida a través de los diversos medios de comunicación,

---

<sup>557</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., en *Delitos contra el medio ambiente....op. cit.*, pág. 94; GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto*, op. cit., págs. 1134 y 1135.

especialmente en el concreto ámbito local y provincial del lugar donde ocurren los hechos, ampliamente afectado, de esta manera, mediante una proliferación de las construcciones o edificaciones de este tipo.” ( Fundamento Jurídico 3º).

Pueden entenderse como límites objetivos a la apreciación del error, la existencia de publicidad o notificaciones personales al interesado sobre la calificación del suelo donde se pretende llevar a cabo la construcción o edificación. De esta manera, existen calificaciones del suelo provenientes de actos de planeamiento, como ocurre, por ejemplo en los planes de ordenación de iniciativa privada, en los cuales por requerimiento de la ley debe mediar una citación personal al interesado que se notificará personalmente y de manera individual. En algunas ocasiones, en las calificaciones procedentes de las declaraciones de iniciativa pública es preceptiva la participación al interesado en el período de información pública. Por otra parte, algunas de las calificaciones resultantes del deslinde de bienes demaniales requieren de actos posesorios determinados y de inscripciones registrales<sup>558</sup>.

Por lo tanto, no cabría admitir la concurrencia del error cuando se constate la existencia de actos de notificación personal, de requerimiento individual, de participación personal en los actos de formación del planeamiento urbanístico o en los actos de individualización de los bienes demaniales o de la declaración de los espacios protegidos<sup>559</sup>.

Con la referencia a los límites subjetivos, nos referimos a los conocimientos que se atribuyen a determinados sujetos activos del artículo 319, por razón de su *lex artis* que, según GÓRRIZ ROYO, deben ser impedimento para recurrir al expediente del error. El director técnico, como ejemplo, es un sujeto en el que concurren, en todo caso, determinadas cualificaciones profesionales, como arquitecto superior o técnico, o ingeniero superior o técnico. No parece plausible admitir que este sujeto incurra en el error sobre la imposibilidad de la autorización, de tipo o sobre la

---

<sup>558</sup> GÓRRIZ ROYO, E., Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1135.

<sup>559</sup> LASO MARTÍNEZ, J. L., Urbanismo y Medio Ambiente...op. cit., pág. 37.

prohibición, ni sobre los elementos normativos referidos a las categorías de suelo previstos en los apartados primero y segundo del artículo 319 del Código Penal<sup>560</sup>.

Cabe excluir la apreciación del error sobre los elementos normativos del artículo 319, cuando los delitos sean cometidos por los promotores profesionales y constructores, ya que estamos ante aspectos elementales del proceso constructivo, pudiendo difícilmente alegar a su favor que desconocen la imposibilidad de proveerse de la licencia, de la naturaleza del suelo, ni que ignoran la antijuridicidad de su conducta. En la situación hipotética de que se admita que dichos sujetos incurren en error de prohibición, de modo alguno sería invencible, sino que cabría apreciar un supuesto de *imprudencia iuris*, castigado en atención al artículo 14. 3 in fine del Código Penal, mediante la pena prevista en el artículo 319 atenuada en uno o dos grados<sup>561</sup>. Si, por el contrario, el particular es el que autoconstruye, y es, “promotor-constructor” cabría admitir la concurrencia del error e incluso que sea invencible<sup>562</sup>.

Para concluir, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Zaragoza de 11 de mayo y 15 de junio de 1999, en sus Fundamentos Jurídicos segundo y tercero declaran:

“Respecto a los profesionales (arquitectos, ingenieros...) la operatividad del eventual error o su invencibilidad es distinta que respecto de los particulares.

Así para el técnico-director o el constructor o el promotor profesional no es admisible el error y mucho menos que sea invencible.

En cambio, respecto al propietario que no sea profesionalmente promotor y en relación al suelo no urbanizable es posible que actúe mediando el error e incluso que sea invencible. La determinación del mismo en cada caso es tarea de los Tribunales”.

Y, precisamente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, de 5 de diciembre de 2011, varias veces citada, descarta el error invencible,

---

<sup>560</sup> GÓRRIZ ROYO, E., Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1136.

<sup>561</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., Delitos urbanísticos...op. cit., pág. 14.

<sup>562</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 29 de abril de 2000, en su Fundamento Jurídico 4º. (Rec. Apelación núm, 64/2000).

considerando, por el contrario, que estamos ante un dolo eventual en un supuesto referido a una particular, promotora de la construcción de una edificación de planta baja, sin haber solicitado licencia, que en modo alguno hubiera podido ser concedida ni procederse a la legalización, por estar incluida la parcela dentro del suelo no urbanizable, sujeto, además, a especial protección.

A pesar de las especificaciones que en relación con la concurrencia del error de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo se han expuesto, su admisión será el resultado de una valoración del juzgador, que va a depender de los elementos de la prueba que verifiquen las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes. Según esto, no serán irrelevantes las dificultades que se plantearán en sede judicial para la prueba en torno a la concurrencia del error, de manera que probablemente sólo recurriendo a la prueba de indicios, el Juez de lo penal podrá llegar al convencimiento de su concurrencia<sup>563</sup> y del carácter vencible o invencible del mismo<sup>564</sup>.

Por último, el error sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos o materiales de una de las causas de justificación, es sin duda, una de las más polémicas categorías de la teoría del error<sup>565</sup>. Como ya pusimos de manifiesto, destaca la escasa operatividad atribuible a las causas de justificación para excluir la antijuridicidad de los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo.

Sólo en los estados de necesidad, cabría admitir la concurrencia de un error sobre los presupuestos de hecho de la situación de necesidad y por ende, sería un estado de necesidad putativo<sup>566</sup>. El sujeto, en estos casos, supone de manera equivocada que en su actuación concurren los presupuestos fácticos u objetivos del estado de necesidad, o es consciente de su situación “de hecho” y tiene la creencia equivocada de que aquellos supuestos que comprende correctamente, dan lugar a la

---

<sup>563</sup> GÓMEZ RIVERO, M.C.: El régimen de las autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio, Valencia, 2000, pág. 29.

<sup>564</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1137.

<sup>565</sup> DÍAZ Y GARCÍAS CONLLEDO, M.: “¿Error de tipo o error de hecho?”, op. cit., pág. 224 y ss.

<sup>566</sup> CUERDA ARNAU, M. L. en El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad, Valencia, 1997, págs. 212 y 213.

causa de justificación, que realmente no existe o cuyos límites legales no comprenden su actuación<sup>567</sup>.

Esta clase de error puede apreciarse en los delitos del artículo 319, cuando el promotor o el constructor profesional, por ejemplo, se representa la posibilidad de conservar la productividad de la empresa y los puestos de trabajo, llevando a cabo una construcción o una edificación como las que se prevén en este artículo, suponiendo que el mal que causa, equivocadamente, esto es, la lesión de la ordenación del territorio o urbanismo, es menor o igual a la crisis de la empresa que se pretende evitar.

Si apreciamos este error, lo cual será difícil a efectos probatorios, se calificaría como un error de prohibición indirecto<sup>568</sup>, siempre que el autor sea consciente de la ilicitud de su conducta pero crea que se subsana mediante la concurrencia de los presupuestos fácticos del estado de necesidad. En este caso, difícilmente cabe calificar el error de invencible y por lo tanto, excluyente de responsabilidad penal, pero si fuese vencible se atenuaría la pena del artículo 319 en uno o dos grados, aplicándose el artículo 14.3 del Código Penal.

### **III. TIPO AGRAVADO. ARTÍCULO 319 DEL CÓDIGO PENAL.**

#### **1. Cuestiones previas.**

El texto vigente del artículo 319.1 del Código Penal dispone lo siguiente: “Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses 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 triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a

---

<sup>567</sup> PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Madrid, 1997, págs. 236 y 237. Además, DÍAZ Y GARCÍAS CONLLEDO, M., “¿Error de tipo o error de hecho?”, op. cit., pág. 224 y sig.

<sup>568</sup> COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN.: *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., pág. 672; PUENTE SEGURA, L., en *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes en la responsabilidad criminal*, Madrid, 1997, págs. 212 y 213; y GÓRRIZ ROYO, E.: *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto*, op. cit., pág. 1138.

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 tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico o cultural o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección”<sup>569</sup>.

Contiene este precepto un tipo cualificado, que se va a caracterizar por un endurecimiento de las penas, si bien se va a sancionar a los mismos sujetos que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables, aunque en determinados suelos que, con carácter general, habrán sido considerados de especial valor o protección. Por ello, consideramos que este tipo se muestra con una mayor intensidad material respecto al bien protegido. Se refiere, pues, al mismo objeto material que sería el suelo no urbanizable, aunque con determinadas especificaciones.

Dada la identidad esencial con el tipo básico solo nos vamos a referir a la descripción, o mejor a los conceptos relativos a los tipos de suelos que son especificados en este tipo agravado. El tema relativo a las penas, será estudiado en el último capítulo de la tesis, al tratar de las consecuencias jurídicas de los delitos tipificados en el artículo 319, con carácter general.

## **2. 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.**

Al igual que sucede en el tipo básico, las obras de urbanización, construcción o edificación, en la modalidad agravada, no deben ser autorizables. La mayor gravedad de esta modalidad cualificada reside en el valor que posee o la protección

---

<sup>569</sup> Véanse los artículos 338 a 340 del Código Penal que tipifican las disposiciones comunes del Título XVI.

que goza el suelo sobre el que se ejecutan las obras. Debe tratarse de 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. En estos últimos casos, el objeto material debe encontrarse formalizado, es decir, debe existir un precepto legal o reglamentario, o bien una resolución administrativa en la que expresamente se reconozca tal valor o se otorgue la protección correspondiente. Pueden producirse casos de una doble remisión de la norma penal en blanco: al planeamiento o normativa urbanística y también a las normas o catálogos en los que se declara la protección o el valor histórico o artístico<sup>570</sup>.

Por lo que se refiere a los lugares en los cuales se puede llevar a cabo una construcción no autorizable constitutiva de delito, por un lado, el precepto alude a los “suelos destinados a viales, zonas verdes o bienes de dominio público” y por otro lado, la construcción no autorizable podrá también reputarse delictiva cuando se lleve a cabo en “lugares que tengan reconocido su valor paisajístico, ecológico, histórico o cultural”.

Como puede apreciarse, estamos ante una norma penal en blanco que precisa, para su adecuada configuración, de la normativa administrativa<sup>571</sup> sobre dicha materia.

La afectación de los **viales y zonas verdes** al uso público producirá el ingreso de los mismos en el dominio público. Esta afectación acontecerá, sin perjuicio de la vinculación del suelo a su destino urbanístico desde la aprobación de los Planes<sup>572</sup>,

---

<sup>570</sup> OLMEDO CARDENETE., M., “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente (I). Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit., pág. 703.

<sup>571</sup> Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985; Ley de 27 de marzo de 1989 de Conservación de Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre; las leyes autonómicas en la materia.

<sup>572</sup> En relación con el artículo 3.2 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales, al igual que GÓRRIZ ROYO, E., no comparto la afirmación de BLANCO LOZANO, C., para el que “la referencia a suelos destinados a viales, zonas verdes, y bienes de dominio público resulta, a fin de cuentas totalmente vana, por cuanto se trata también en resumidas cuentas de lugares que gozan de una especial protección legal o administrativa, con lo cual podía haberse omitido su enunciado ya que encontrarían perfecta cabida en este último inciso”, en *El delito urbanístico...* op. cit., pág. 120. Según

en el momento de la cesión a la Administración actuante conforme a la legislación urbanística, según el artículo 3.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales<sup>573</sup>.

El legislador de 1995, quiso enumerar dos grupos de suelo por separado, cabe la interpretación de que a efectos penales son dos objetos materiales de interpretación distintos, y que por ello conviene enfocar su estudio por separado. En primer lugar, se analizará el contenido que cabe atribuir a los “suelos destinados a viales y zonas verdes”, empezando por poner de manifiesto que en principio, estos suelos pueden identificarse con terrenos destinados en el planeamiento a determinados equipamientos públicos esenciales en todo proceso de urbanización<sup>574</sup>.

En este sentido, existe un paralelismo entre la conducta prevista en el artículo 319.1 del Código Penal consistente en llevar a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales y zonas verdes, y la infracción administrativa prevista en el artículo 76.2 del RDU, en el que se sanciona la edificación o urbanización del suelo destinado a viales, parques y jardines públicos, zonas deportivas de recreo y expansión, o equipamiento comunitario<sup>575</sup>. Existe un aparente solapamiento normativo entre ambos preceptos, que puede salvarse en atención a las diferencias estructurales que presentan, tomando como dato básico el tipo penal que exija la

---

GÓRRIZ ROYO “del citado precepto no se deduce que los bienes públicos afectados tengan necesariamente que ubicarse en lugares que gozan de especial protección, sino que, como se analizará, por lo general, se ubicarán en suelo urbanizable y urbano no consolidado por lo que cobra pleno sentido la distinción del art. 319.1 del C.P” en Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, op. cit., pág. 943.

<sup>573</sup> En el apartado 1º del artículo 3 se establece, en todo caso, que son bienes de uso público local “...los caminos, plazas, calles, paseos, parques, aguas de fuentes y estanques, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales, cuya conservación y policía sean competencia de la Entidad local.”. El citado Reglamento fue aprobado por el Real Decreto 1372/1986 de 13 de junio en desarrollo de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en especial de sus arts. 79 a 83) y también el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local. A este respecto, nótese la concordancia del citado precepto y el artículo 74.1 del Texto Refundido de 18 de abril de 1986.

<sup>574</sup> En sentido próximo, BETRÁN ABADIA, R. /CORVINOS BASECA, P. / FRANCO HERNÁNDEZ, Y., en “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio”, op. cit., págs. 24 y 25.

<sup>575</sup> El artículo 76.2 RDU impone para dichas actuaciones una sanción agravada en relación con la prevista en el apartado anterior, estableciendo lo siguiente: “...la sanción se impondrá en su grado máximo...”, respecto de la prevista en el apartado primero en el que se dispone lo siguiente: “Quienes realicen obras de edificación o urbanización en contra del uso que corresponda al suelo en el que se ejecuten, serán sancionados con multa del 10 al 20% del valor de la obra proyectada”.

ausencia de autorización para llevar a cabo estas construcciones<sup>576</sup>. La infracción administrativa se verifica sin necesidad de que concurra dicho requisito, es decir, sancionando la mera actuación edificatoria o urbanística que contravenga el uso correspondiente a los suelos enumerados. Lo normal es que los dos requisitos concurren, es decir, ausencia de contravención y contravención del uso, el tipo penal y la infracción administrativa podrían coincidir en el hipotético supuesto en que una construcción no autorizable se lleve a cabo en suelos destinados a viales o zonas verdes, no estando dicha actuación constructiva ajustada al uso que corresponda al suelo. Este conflicto entre norma penal y administrativa se inclinaría a favor del tipo penal. La autoridad administrativa competente para imponer la sanción, está obligada a poner en conocimiento de los tribunales de justicia estos hechos (artículo 56 RDU), que en virtud del principio de preferencia de la jurisdicción penal tienen atribuida la prioridad para enjuiciar la responsabilidad penal en que se haya podido incurrir, garantizando con ello la salvaguarda de la prohibición de “bis in ídem”<sup>577</sup>.

La segunda diferencia entre la conducta penal que consiste en llevar a cabo una construcción en suelos destinados a viales y zonas verdes (artículo 319.1 del Código Penal) y la infracción prevista en el artículo 76.2 RDU, es que el precepto administrativo contempla un mayor número de suelos, se refiere a zonas destinadas a viales, a parques y jardines públicos, a zonas deportivas de recreo y expansión o a equipamiento comunitario. El legislador de 1995, en una redacción que en esta materia se mantiene tras la reforma de 2010, establece un ámbito típico más restrictivo del precepto penal en relación a las zonas destinadas a viales y zonas verdes<sup>578</sup>, lo que se deduce no sólo de la comparación con la infracción

---

<sup>576</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, op. cit., pág. 944.

<sup>577</sup> Los otros supuestos que se pueden plantear -si bien en ellos no se produciría un solapamiento normativo- pueden reconducirse a dos; en el caso en que se lleve a cabo una construcción en un suelo destinado a vial o zona verde, ajustada al uso que corresponde a estos suelos, pero no estando autorizada (porque se contraviene el contenido de la licencia) en cuyo contenido sería de aplicación el delito previsto en el artículo 319.1 del Código Penal. Aunque apelando a la escasa entidad lesiva, cabría aplicar sólo la infracción administrativa; el segundo supuesto, sería aquel en que se lleve a cabo una construcción autorizada en dichos suelos, pero no ajustada al uso que les corresponde, debiéndose entonces aplicar la infracción administrativa del artículo 76.2 RDU y no el precepto penal. Sin embargo, este último caso será insólito y difícil de verificar en la práctica.

<sup>578</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, op. cit., pág. 945, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., en “Delitos relativos a la Ordenación del territorio...”, op. cit., pág. 321 y BETRÁN ABADIA, R. / CORVINOS BASECA, P. / FRANCO HERNÁNDEZ, Y., en “Los nuevos delitos sobre la Ordenación del territorio...”, op. cit., pág. 25.

administrativa sino también de la confrontación del artículo 319.1 del Código Penal, con los concordantes preceptos penales previstos en los sucesivos proyectos anteriores al Código Penal de 1995<sup>579</sup>.

Durante la tramitación parlamentaria del Código Penal, la referencia típica al destino a viales y zonas verdes en el entonces artículo 305, fue justificada mediante el siguiente argumento: "...a lo que se refiere es a los suelos destinados a viales o zonas verdes, no sólo a los suelos donde hay zonas verdes o viales, donde parece evidente que cualquier actuación sobre los mismos es fácilmente contemplada, inspeccionada por las distintas corporaciones y rápidamente frenada. Es decir, se refiere, igualmente, a aquellos suelos destinados a viales y zonas verdes, repito. Aquellos, que por ejemplo, en un plan general o en un plan parcial, sometido a aprobación y aprobado definitivamente por la correspondiente corporación local, o comisión provincial de urbanismo, o autonomía en su caso -depende de las competencias-, están destinados ya-es una figura jurídica- a ser vial o suelo verde y no es posible la construcción en ellos. No está todavía configurado el nivel de hecho, sino exclusivamente a nivel normativo, y sin embargo, es conocido (porque tiene obligación a través de la información pública que requieren todo este tipo de ordenamientos y su aprobación) por la opinión pública, por los ciudadanos...". En definitiva, "...se trata de suelos destinados, bien porque ya lo están o porque se les destina como consecuencia de la aprobación de los planes de ordenación..."<sup>580</sup>.

Estos terrenos están "destinados a" viales y zonas verdes, por lo tanto este objetivo material queda integrado por viales y zonas verdes que forman parte del

---

<sup>579</sup> En el artículo 382 del PLOCP de 1980 se tipificaba la conducta de los promotores, empresarios y técnicos directores de una edificación levantada en suelo no urbanizable, especialmente protegido, o destinado en el planeamiento a edificaciones para centros públicos, sanitarios, docentes o de interés comunitario, conminando con una pena superior en grado, el supuesto en que dichas edificaciones se levantaran en suelos destinados a viales, zonas verdes o espacios libres. Por otra parte, el artículo 307 de la PANC de 1983 tipificaba las conductas de los promotores, empresarios, técnicos o directores de obra que actuando sin licencia, dañaren gravemente los intereses protegidos por el ordenamiento urbanístico levantando alguna construcción en suelo inedificable o destinado al planeamiento a equipamientos públicos o de interés comunitario (apartado 1º), castigado con las penas en su mitad superior cuando la obra "...se levantara en suelos destinados a viales, zonas verdes, áreas docentes, espacios libres o lugares de considerable valor paisajístico, histórico o cultural" (apartado segundo).

<sup>580</sup> Barrero López, del Grupo Parlamentario Socialista, en el Debate de la Comisión de Justicia e Interior., para quien este supuesto no era del todo teórico, sino que se da de manera continuada fundamentalmente en suelos pertenecientes a ayuntamientos pequeños y medianos, En Diario de Sesiones del Congreso, de 6 de junio de 1995, nº 512, pág. 15609.

dominio público; es decir que se hayan proyectados en el planeamiento urbanístico. Una vez aprobado, por el plan general o por un plan parcial, han sido cedidos y solo se encuentran configurados a nivel normativo<sup>581</sup>. La relevancia típica de los viales y zonas verdes ya cedidos se confirma por partida doble, en todo caso, estos lugares integrarían la referencia del precepto penal al dominio público<sup>582</sup>. La referencia a dichos suelos tiene sentido en relación con los viales o zonas verdes “de hecho” o a nivel normativo, cuando el planeamiento haya proyectado un uso para su futuro como vial o zona verde<sup>583</sup>.

Esta interpretación aclara la duda planteada por BOIX REIG y JUANATEY DORADO que cuestionan por qué se hace referencia por separado a viales y bienes de dominio público “...cuando está claro que aquéllos se encuentran incluidos ya dentro de estos últimos”<sup>584</sup>. Los viales y zonas verdes son cedidos por la Administración competente, por ejemplo a un Ayuntamiento, pasan a formar parte del dominio público, se hace una diferenciación en el 319.1 que no debe ser entendida como redundante sino como especificativa, cabe integrar estos objetos materiales con viales o zonas verdes no actuales sino proyectados en el planeamiento y de titularidad privada<sup>585</sup>.

---

<sup>581</sup> CONDE PUMPIDO TOURÓN afirma que “no solamente es delictiva la construcción “en una calle”, sino también en un espacio que, según el planeamiento, esté destinado a la construcción de un vial, aunque en el momento de la construcción aparentemente sea un solar”, en *El Código Penal. Doctrina y jurisprudencia...* op. cit., pág. 3201. DE LA CUESTA ARZAMENDI entiende que “...la determinación de qué suelos están destinados a viales, zonas verdes o bienes de dominio público abarca también a los que todavía no han sido objeto de actuación...”, en “Delitos sobre la ordenación del territorio” op. cit., pág. 321.

<sup>582</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, op. cit., pág. 946 y 947.

<sup>583</sup> J. C. CASTRO BOBILLO considera que “la adecuada protección de estas clases de suelo y el respecto a la ordenación del territorio, y, por tanto, la consecución de la finalidad perseguida por la norma requieren no sancionar exclusivamente los actos llevados a cabo en suelos que materialmente sean ya zonas verdes, viales etc...sino también en aquellos terrenos destinados por el planeamiento a zonas verdes, viales, etc...” op. cit., pág. 411. Por su parte, ACALE SÁNCHEZ sostiene que “elemento típico, es, por tanto, una vial o zona verde no actual sino así proyectado por el PGOU, todavía no adquirido por el Ayuntamiento. Si está adquirido por el Ayuntamiento, entonces será bien de dominio público”, en “Delitos urbanísticos”, op. cit., pág. 255.

<sup>584</sup> BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C., en AA.VV., Derecho Penal. Parte Especial, 3º Edición, op. cit., pág. 630.

<sup>585</sup> Admite dicha posibilidad J., LLIDO SILVESTRE, en “Algunas notas administrativas sobre el delito urbanístico...”, op. cit., pág. 247. CONDE PUMPIDO TOURÓN separa la referencia a viales y bienes de dominio público que debe entenderse ateniendo a que “el suelo puede estar destinado a viales, en el Plan de ordenación y, sin embargo, ser todavía de titularidad privada. “en El Código Penal. Doctrina y jurisprudencia...op. cit. pág. 3201.

La determinación del destino de estos suelos se extrae de los instrumentos de planeamiento, su origen es netamente urbanístico, ya que la constitución de viales y zonas verdes se deriva de los Planes, su ejecución produce la incorporación de los terrenos al dominio público, de esta manera se da cumplimiento al principio constitucional de participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística (artículo 47 in fine)<sup>586</sup>. Tendremos, entonces, que estar atentos a las normas de planeamiento para calificar un suelo determinado como vial o zona verde<sup>587</sup> -cfr., a este respecto, el artículo 12.2. a) del Texto Refundido de la Ley de Suelo 2/2008, de 20 de junio-.

Con carácter previo al análisis de los instrumentos concretos del planeamiento, hacemos una nueva referencia a la regulación de la LRSV de 1998 en la que se establecen los deberes del propietario de cesión obligatoria a la Administración de suelo necesario para sistemas generales: viales, zonas verdes y dotaciones públicas de interés general o comunitario<sup>588</sup>. El artículo 14. a) LRSV establece que los propietarios de suelo urbano no consolidado asumirán el deber de “ceder obligatoria o gratuitamente a la Administración todo el suelo necesario para los viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas de carácter local al servicio del ámbito de desarrollo en que sus terrenos resulten incluidos”. En los mismos términos, se pronuncia el artículo 18. 2 para imponer este mismo deber a los propietarios del suelo no urbanizable<sup>589</sup>. Y el artículo 12. 2 a) del vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo 2/2008, de 20 de junio dispone:

“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:

---

<sup>586</sup> En relación con el principio constitucional se manifiesta LASO MARTINEZ, J. L., en *Urbanismo y Medio Ambiente...*, op cit., pág. 53.

<sup>587</sup> BARRIENTOS PACHO, J. M., en “Delitos relativos a la Ordenación del Territorio”, op. cit., pág. 1559.

<sup>588</sup> F. LLISSET BORRELL, entiende en relación con esta regulación, que “los elementos que forman la estructura orgánica del territorio son sus tres clásicas modalidades de viales, zonas verdes y equipamientos comunitarios”. Destacando de esta manera que la cesión para la ejecución de sistemas generales constituye una novedad de la legislación urbanística estatal, aunque ya se encontraba prevista en algunas legislaciones autonómicas como la de Cataluña. La distinción entre estas tres categorías es importante para destacar que los equipamientos comunitarios no han sido previstos en el artículo 319 del Código Penal. En LLISSET BORRELL F.: *El sistema urbanístico español...* op. cit., pág. 96.

<sup>589</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, op. cit., pág. 948.

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 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 a las instalaciones ya en funcionamiento.

Al establecer las dotaciones y 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”.

Como novedad, en la legislación urbanística vigente a nivel estatal, se establece el suelo urbano no consolidado, y en el urbanizable, debe cederse el 10%, teniendo en cuenta un aprovechamiento de carácter máximo, reducido mediante la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma (artículo 14.2 c) y 18.4 de la LRSV de 1998)<sup>590</sup>. Teniendo en cuenta la legislación urbanística vigente, los suelos

---

<sup>590</sup> Tenemos que tener en cuenta que la regulación expuesta trae causa en la STC 61/1997, de 20 de marzo F J 17 c). En este caso concreto el Tribunal Constitucional rechazó la referencia al aprovechamiento del tipo y áreas de reparto, y de esta manera, el artículo 27 TRSL de 1992, que “...supone una invasión de la competencia urbanística que las Comunidades Autónomas tienen atribuida. Pues bien, no cabe sino concluir que la regulación del artículo 27 del TRSL de 1992, es contraria al orden constitucional de las competencias...”. En sentido crítico, considera A. ORTEGA GARCÍA, que la decisión del Tribunal Constitucional dio lugar a un callejón sin salida, ya que nadie quedaba legitimado con la finalidad de establecer en un porcentaje fijo –ni Estado por prohibición expresa de la Sentencia ni las Comunidades Autónomas- la previsión de los artículos 14.2 c) y 18.4

destinados a viales y zonas verdes se ubican, pues, en suelo no urbano no consolidado y en suelo urbanizable<sup>591</sup>.

Para cada clase de suelo, el planeamiento urbanístico es el instrumento que concreta el aprovechamiento urbanístico, ello no significa que las cargas y beneficios que soportan los propietarios deriven del planeamiento, sino que se establecen en la legislación estatal y autonómica, manifestando el derecho de propiedad (artículo 33.2 de la Constitución Española)<sup>592</sup>.

En el planeamiento general (PGOU), será en el que en primer término se establezcan viales y zonas verdes (artículo 25 RPU)<sup>593</sup>, de esta manera se concretarán en el suelo urbano las determinaciones de los espacios libres y zonas verdes destinados a parques y jardines públicos...” (artículo 29.1 de RPU)<sup>594</sup>. Los PGOU tienen asignado el desarrollo de los sistemas generales entre los que se encuentran las zonas destinadas a viales y zonas verdes (artículos 30 a 35 RPU). Las determinaciones del PGOU, pueden ser desarrolladas en suelo urbanizable por un Plan Parcial o incluso por éste y por un Plan de Actuación Urbanística (PAU)<sup>595</sup>.

Los suelos destinados a viales y zonas verdes constituyen criterios materiales que han de ser respetados por los Planes con la finalidad de asegurar la calidad de vida *ex lege* en el espacio urbano, la inobservancia de estos “estándares urbanísticos”

---

LRSV de 1998 estableciéndose de esta manera un aprovechamiento máximo y facultar de esta forma la legislación urbanística autonómica en su reducción lo que “...supone una pragmática presunción para evitar el vacío...”, en Derecho Urbanístico Estatal, op. cit., pág.36. La constitucionalidad de los artículos 14.2 y 18.4 LRSV de 1998 ratificada por la STC 164/2001, de 11 de julio (F J 21 y 30).

<sup>591</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, op. cit., págs. 948 y 949.

<sup>592</sup> Tribunal Constitucional, en F J 17.c) de la STC 61/1997, de 20 de marzo, cuando” rechaza la alegación de que el establecimiento del aprovechamiento susceptible de apropiación no forma parte de la delimitación del derecho de propiedad (artículo 33.2 de la Constitución Española)”.

<sup>593</sup> En este precepto se establece el Plan General, determinando los elementos fundamentales de la estructura general y orgánica del territorio; entre ellos, “el sistema general de comunicaciones tanto urbanas como interurbanas, estableciendo las reservas de suelo necesarias para el establecimiento de redes viarias y ferrocarriles...” (apartado b) además de “el sistema general de espacios libres constituido por: parques urbanos públicos, (...).”

<sup>594</sup> Además, se determina el “trazado y características de la red viaria, con clasificación de la misma en función del tráfico previsto y señalamiento de alineaciones y rasantes, referido a la totalidad o parte de ese suelo (urbano), precisando en todo caso la anchura de los viales o defendiendo el criterio para cada fijación”. (artículo 29 f. del RPU).

<sup>595</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, op. cit., pág. 949.

determinará la nulidad de los planes a los que afecten<sup>596</sup>. Dichos suelos establecidos como estándares urbanísticos, integran los objetos materiales del artículo 319.1.

Suelos destinados a viales, a efectos del artículo 319.1, se considerarán aquella parte del terreno o finca que según el planeamiento debe ser cedida a la Administración para la instalación de una vía pública<sup>597</sup>, siendo de titularidad privada; así como los viales que ya han sido cedidos e incorporados al demanio público. Dentro del concepto “suelos destinados a viales”, se incluyen también los suelos destinados a vías pecuarias, reguladas en la Ley 3/1995 de 23 de marzo de Vías Pecuarias; la normativa autonómica debe establecer su régimen jurídico<sup>598</sup>, por lo que se habrá de apreciar la existencia de los suelos destinados a estas vías. Al igual, tenemos que tener en cuenta la Ley 25/1988, de 29 de julio, reguladora de Carreteras y Caminos para delimitar con precisión el concepto de “suelos destinados a viales”, el artículo 21.1 establece que pertenecen al dominio público los terrenos ocupados por carreteras estatales y sus elementos funcionales<sup>599</sup>.

La conducta que consiste en llevar a cabo una construcción en un vial no es poco frecuente, suele darse en pequeños municipios, por imprecisión de alineaciones, de manera que se construye sobre una parte del vial, normalmente se produce por falta de información o error<sup>600</sup>. Debido a ello, en el ámbito penal se suele excluir la tipicidad de las conductas que consisten en la ocupación nimia de los viales. De la misma manera, se excluye la responsabilidad penal cuando la construcción no autorizada se produzca por error invencible en la ilicitud del hecho (artículo 14.3 del Código Penal), respecto a las alineaciones e inducida por falta de información que será imputable a la Administración. Si se tratase de un error vencible se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.

---

<sup>596</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., en Manual de Derecho Urbanístico...op. cit., pág. 50.

<sup>597</sup> De la misma opinión, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., en “Los delitos sobre la ordenación del territorio...”, op. cit., pág. 366.

<sup>598</sup> En el artículo 1 de la citada Ley, se prevé en desarrollo del 149.1, 23ª C E, que el establecimiento de la normativa aplicable a estas vías, incluyendo la potestad administrativa de creación, ampliación y establecimiento de las mismas, es competencia de los Organismos que corresponden a las Comunidades Autónomas.

<sup>599</sup> En el artículo 2.1 de dicha Ley son las carreteras, las vías de dominio público y uso público proyectadas, pudiéndose clasificar por sus características en: autopistas, autovías, vías rápidas y carreteras convencionales (apartado segundo).

Suelos destinados a zonas verdes, a efectos de integrar el artículo 319.1 del Código Penal, se consideran el espacio existente en el contexto urbano, no necesariamente el suelo desprovisto de construcciones que atenta al fin al que se encuentra destinado<sup>601</sup>. En este sentido las zonas verdes serán penalmente relevantes en el planeamiento como los espacios verdes que pertenecen al demanio, como parques y jardines públicos, terrenos de reposo ambiental, recreo, deporte, ocio en general y las dotaciones y equipamientos correspondientes a los mismos<sup>602</sup>. No cabe, sin embargo, la equiparación entre zona verde con los denominados “espacios entre bloques no edificables de carácter residual”, ya que no cumplen una función dotacional ni resultan de una zonificación específica en el planeamiento<sup>603</sup>. El artículo 25.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, establece la determinación y establecimiento de las zonas verdes como competencia municipal, por lo que habrá que estar entonces al planeamiento general del Municipio, para concretar los espacios que se destinan a dichas zonas.

Por último, otra cuestión que hace referencia a los suelos destinados a viales y zonas verdes, será la de dilucidar, en su caso, si afecta a los planes cuando éstos sean privados o sólo cuando afecten al dominio público. Y ello en referencia a las vías interiores para el acceso a edificios (artículo (61. c) in fine RDU) y zonas verdes privadas previstas en el planeamiento. Los suelos destinados a estos espacios derivan

---

<sup>600</sup> BORRELL CALONGE, A.: “Los nuevos delitos sobre la Ordenación del Territorio...” op. cit., pág. 70 y 71 y CATALÁN SENDER, J., en Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios... op. cit., pág. 482.

<sup>601</sup> Cfr. NARVAEZ RODRÍGUEZ, A.: “Los delitos sobre la Ordenación del Territorio...” op. cit., pág. 367; en el mismo sentido A. VERCHER NOGUERA, pone de manifiesto que la expresión “zonas verdes” resulta frecuente a partir de la revolución industrial y se plasma en la Carta de Atenas, estableciendo en el punto 37 que “las nuevas superficies verdes deben ser asignadas a fines definitivos: conteniendo parques infantiles, escuelas, centros infantiles o construcciones de uso comunitario, vinculados íntimamente a la vivienda”, en “Delitos contra la Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente”, AA.VV, Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995, Tomo II, Parte Especial, pág. 372.

<sup>602</sup> BLANCO LOZANO, C., parte de la premisa de realizar una escueta y precisa delimitación de las referencias a zonas verdes, para evitar su confusión con el término más amplio de “espacio libre”. Dicho autor plantea las dificultades para la delimitación de ambas categorías, en El delito urbanístico... op. cit., págs. 115 y 116.

<sup>603</sup> Cfr. LASO MARTÍNEZ, J. L., en Urbanismo y Medio Ambiente, op. cit., pág. 57. GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, op. cit., pág. 952.

de la planificación urbanística y el “destino” integra los espacios que se hayan en el dominio privado, además de resultar típicos ex. artículo 319.1 del Código Penal<sup>604</sup>.

En conclusión, conviene advertir sobre la vinculación que se deduce de las zonas destinadas a viales y zonas verdes con la configuración del “medio ambiente urbano”<sup>605</sup>. De aquí que con la referencia típica a los suelos del artículo 319.1, se pueda delimitar el contenido del concepto del bien jurídico penal “ordenación del territorio”<sup>606</sup>, al que se añadirá el urbanismo, tras la reforma operada por la LO 5/2010 de 22 de junio.

Antes de analizar otros tipos de suelos y lugares, tenemos que tener en cuenta que este elemento típico no se ha modificado desde el Código Penal de 1995. Desde el ámbito del Derecho penal, las reformas que ha ido sufriendo respecto a la modificación del suelo en el ámbito administrativo, han ocasionado que la angostura del tipo se haya estrechado hasta llegar a 2010, en este momento parece que al asumirse un concepto de suelo no urbanizable, se solventan las dudas que se producen en el sector doctrinal y jurisprudencial durante todos estos años<sup>607</sup>.

Durante la tramitación parlamentaria del Código Penal de 1995, se afirma la inclusión de los suelos destinados a zonas verdes y viales en el artículo 319.1 del Código Penal por una parte, y los de dominio público por otra; se trata de una reiteración, pues en el dominio público<sup>608</sup> se integran también los destinados a viales

---

<sup>604</sup> Según J.L.LASO MARTÍNEZ, los viales y zonas verdes deberían incluirse en el tipo penal, porque el planeamiento recoge expresamente la zonificación como zona verde, aunque sea de titularidad privada, de manera que “...resultaría contradictorio con el plan admitir un planeamiento distinto. Además, junto a la función dotacional las zonas verdes, pueden cumplir también la finalidad de evitar la densificación, por lo que en definitiva deben ser también incluidos”, en *Urbanismo y Medio Ambiente...op. cit.*, pág. 56.

<sup>605</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, op. cit., pág. 952.

<sup>606</sup> A. VERCHER NOGUERA sostiene, en referencia al artículo 319.1 del Código Penal, que “compete exclusivamente a las Autoridades locales la adopción de medidas para hacer de la ciudad un ecosistema equilibrado, actuando sobre zonas verdes, procediendo a la reforestación urbana, o a la rehabilitación monumental de estructuras industriales en desuso.” En AA. VV (Coord. SERRANO BUTRAGUEÑO), *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, op. cit., pág. 1471.

<sup>607</sup> STS 127/2009, de 27 de noviembre (RJ/2010/1024) que consideraba que la relación a establecer entre los apartados primero y segundo del artículo 319 del Código Penal, es la de los tipos, básico, en el número segundo y agravado en el apartado primero.

<sup>608</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 6 de junio 1995, (512), pág. 15609. En el mismo sentido, BOIX REIG, J., y JUANATEY DORADO, C., “Delitos sobre la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 1579.

y zonas verdes, ya que el concepto de dominio público es más amplio<sup>609</sup>. El elemento típico será un vial o zona verde no actual, sino el proyectado por el PGOU, aun no adquirido por el Ayuntamiento. Si, sin embargo, está adquirido por el Ayuntamiento, será considerado como un bien de dominio público según los artículos 339 y 340 del Código Civil<sup>610</sup>.

Estas zonas verdes y viales, constituyen el mínimo urbanístico de los estándares urbanísticos, que han de venir señalados mediante el PGOU, desde él y dependiendo del suelo a urbanizar, en los sucesivos planes urbanísticos<sup>611</sup>.

En lo referente a suelos destinados a viales y zonas verdes, con carácter general, se hace referencia a las bolsas de suelo aptas para urbanizar<sup>612</sup>. En el suelo no apto para urbanizar, carece de sentido la existencia de suelos destinados a zonas verdes, e incluso a viales, pues en su caso se haría referencia a “carreteras”. Este hecho lo deducimos del RDLTRLS, cuando hace la distinción entre las operaciones urbanísticas, distinguiendo entre “ensanche” y “las reformas de interior”, esto es “la creación de una nueva ciudad y el saneamiento y la reforma de la existente”<sup>613</sup>.

La legislación urbanística utiliza, para distribuir las cargas y beneficios, el instrumento del aprovechamiento del tipo, a través del cual asegura la efectividad de

---

<sup>609</sup> Y ello, mediante el siguiente argumento: “en lo que se refiere a suelos destinados a viales o zonas verdes,...aquellos suelos que en un Plan General o Parcial...están destinados ya a ser vial o suelo verde y no es posible la construcción en ellos, no está todavía configurado a nivel de hecho, sino exclusivamente a nivel normativo, y, sin embargo, es conocido por la opinión pública”.

<sup>610</sup> Vid. STS 1067/2006, de 17 de octubre (RJ 2006/8049), y dentro de la doctrina, por todos, PARADA VAZQUEZ, R.: Derecho Administrativo III. Bienes Públicos. Derecho urbanístico., op. cit. pág., 38 y sig.

<sup>611</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, op. cit., pág. 231.

<sup>612</sup> Fernández Rodríguez afirma que “en este suelo, la ciudad (o trozo de ciudad, si se quiere), tiene que hacerse ex novo, de una vez sobre un suelo virgen, que ha de transformarse y urbanizarse por primera vez, en suelo urbano, en cambio, la ciudad ya está hecha por hipótesis, al menos sustancialmente por lo que la ejecución del planeamiento exige solo completarse, llenando “bolsas” o “vacíos” interiores que puedan existir, o, en su caso, rehacerla parcialmente, objetivos éstos ciertamente complejos pero más limitados, que no siempre reclaman, ni permiten siquiera, la actuación por polígonos o unidades completas”. Cfr. FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R.: Manual de Derecho urbanístico, op. cit. pág. 157.

<sup>613</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, op. cit., pág. 231.

lo que considera la Ley como parte esencial del contenido de la Ley del Suelo<sup>614</sup>. Se materializa, así, a través de la técnica de reparcelación, mediante la cual las fincas comprendidas en una unidad de ejecución ajustada al Plan con parcelas resultantes a los interesados, se agrupan en proporción a sus respectivos derechos, tal y como establece la normativa autonómica<sup>615</sup>. El acuerdo aprobatorio de la reparcelación, produce efectos, y entre ellos uno es “la transmisión al Ayuntamiento, en pleno dominio, y libre de cargas, de todos los terrenos de cesión obligatoria para su incorporación al patrimonio público de suelo o su afectación a los usos previstos en el planeamiento”<sup>616</sup>.

Por lo tanto, los suelos destinados a viales o zonas verdes están normalmente en suelo urbanizable, aunque también son posibles en suelo urbano; aquellos suelos que hayan de ceder proporcionalmente los propietarios al Ayuntamiento serán fruto de la reparcelación urbanística. Resulta, por lo tanto, frecuente que no se respeten los mínimos, y aunque el planeamiento esté destinado a viales o zonas verdes, los propietarios podrían edificar, sin tener en cuenta el porcentaje de cesión obligatoria<sup>617</sup>.

En relación a los suelos destinados a viales y zonas verdes, tenemos, pues, que distinguir los tipos de suelos en los que se pueden encontrar, a efectos de la aplicación del artículo 319 del Código Penal. De la circunstancia de estar situados en uno u otro tipo de suelo, se podrían derivar distintas consecuencias jurídicas. En nuestro país, debemos tener en cuenta, a estos efectos, el planeamiento urbanístico y las leyes urbanísticas vigentes, en particular, el Texto Refundido de la Ley de Suelo 2/2008, de 20 de junio, y en nuestra Comunidad Autónoma, la LOUA (Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía).

Las características de los **bienes de dominio público** se concretan, por un lado, en su titularidad, que ha de corresponder a un ente público, y por otro, en su

---

<sup>614</sup> Artículo 3 de la LOUA, que establece que una de las funciones urbanísticas es la de “delimitar el contenido del derecho de propiedad del suelo, usos y formas de aprovechamiento, conforme a su función social y utilidad pública”.

<sup>615</sup> Artículos 100 y siguientes de la LOUA.

<sup>616</sup> Artículo 102.2 a) LOUA.

<sup>617</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, op. cit., pág. 232.

destino o afectación a un uso o servicio público. El artículo 339 del Código Civil señala que son bienes de dominio público “los destinados al uso público como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, las playas, radas y otros análogos. También son bienes de dominio público los que pertenezcan al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas, y demás obras de defensa del territorio y las minas mientras no se otorgue su concesión”.

Los bienes de dominio público se encuentran regulados en leyes sectoriales. Las normas que contienen lo más sustantivo del régimen del dominio público según MORILLO-VELARDE PÉREZ<sup>618</sup> serían: el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas; la Ley 22/88, de 28 de julio, de Costas; la Ley de Montes, Ley 10/2006, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre; la Ley de Minas, Ley 22/73, de 21 de julio<sup>619</sup>, la Ley de Vías Pecuarias, 3/1995, de 23 de marzo, así como la Ley 42/2007 del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad y la Ley de Patrimonio Histórico, que ya han sido citadas anteriormente.

La doctrina ha clasificado los bienes de dominio público dentro del demanio natural (las aguas, costas, espacios naturales, etc.)<sup>620</sup>. VERCHER NOGUERA, se plantea entonces si ambas categorías están dentro del concepto de dominio público del artículo 319 del Código Penal<sup>621</sup>. Efectivamente, el concepto de dominio público del artículo 319 del Código Penal, ha de ser más amplio, solamente de esta manera estará en condiciones de poder incluir en su interior los viales y zonas verdes autorizados, y, a la vez, los bienes de dominio público caracterizados por los valores

---

<sup>618</sup> MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I.: Dominio público, ed. Trivium, Madrid, 1992, pág. 26.

<sup>619</sup> Reformada por la Disposición adicional primera de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

<sup>620</sup> PAREJO ALFONSO, L., JIMENEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: Manual de Derecho Administrativo, op. cit., pág. 527.

<sup>621</sup> VERCHER NOGUERA, A.: “Los delitos contra la ordenación del territorio”, op. cit. pág. 550.

que a continuación determina el artículo 319 del Código Penal: ecológicos, paisajísticos, artísticos y culturales.

Los bienes de dominio público fueron introducidos en el artículo 319 del Código Penal en el último momento de tramitación del Senado. Se encuentran, entonces, en una situación paradójica, ya que están doblemente incluidos en los valorados a continuación, ya que una vez declarados de dominio público, su protección se incluye en el precepto independientemente de que se haya legal o administrativamente reconocido su valor ecológico, histórico, artístico o cultural.

ACALE SÁNCHEZ, lo considera un cajón de sastre, que, “sirve para incluir la protección de los viales, zonas verdes actualizados y de los bienes valorados ecológica, paisajística, cultural, histórica o artísticamente que no tengan formalmente reconocido su valor”<sup>622</sup>. Cuando nos referimos a dominio público o demanio destacamos que se trata de un derecho de propiedad especial<sup>623</sup>, que corresponde a la Administración y recae sobre determinados bienes que se encuentran sometidos a un régimen jurídico exorbitante de Derecho civil por interés general<sup>624</sup>. Los “bienes de dominio público”, a diferencia de los suelos destinados a viales y zonas verdes, no aparecían en el texto del Proyecto de Código Penal presentado al Congreso el 26 de septiembre de 1994, introduciéndose, como acabamos de indicar, a lo largo de la tramitación parlamentaria y recogándose finalmente en el texto aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados en la sesión de 5 de julio de 1995<sup>625</sup> y en el Proyecto de Ley remitido al Senado por el Congreso, el 20 de julio de 1995, momento de tramitación en el que son introducidos.

La referencia típica a estos “bienes de dominio público”, aparece en el artículo 319 del Código Penal en su apartado primero, como objeto material sobre el que puede recaer la acción de llevar a cabo una construcción no autorizada en el

---

<sup>622</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, op. cit., págs. 233 y 234.

<sup>623</sup> MORILLO-VALVERDE PÉREZ., J. I.: Dominio público, Madrid, 1992, pág. 19 y ss., 69 y ss.

<sup>624</sup> BOCANEGRA SIERRA, R. / ALONSO IBAÑEZ, M.R., / FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J., en Lecciones de Dominio Público, 3º ed., Madrid, 1999, pág. 17. Y en relación a los delitos del artículo 319 del Código Penal., NÁRVAEZ RODRIGUEZ, A., en “Los delitos sobre la ordenación del territorio...”, op. cit., pág. 368.

<sup>625</sup> Diario de Sesiones del Congreso, nº 77-13, de 29 de julio de 1995, pág. 1529.

Código Penal de 1995. Este elemento típico es amplio ya que engloba las propiedades administrativas afectadas a la utilidad pública y que resultan sometidas a un régimen especial de utilización y protección como consecuencia de esta afectación<sup>626</sup>.

La delimitación del concepto de la referencia típica a los “bienes de dominio público” debe partir del análisis de su régimen jurídico encabezada por el artículo 132 de la Constitución Española<sup>627</sup>, y en su desarrollo las leyes administrativas sectoriales que regulan los bienes de titularidad estatal, autonómica y local; a todo ello se les unen las previsiones de los artículos 338 a 345 del Código Civil.

Pese a lo que prevé el apartado tercero del artículo 132 de la Constitución Española, GÓRRIZ ROYO considera que el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional no deben incluirse dentro de la conducta típica del artículo 319.1 del Código, puesto que no se prevén expresamente en dicho precepto<sup>628</sup>, y ello considero que es así, ya que no vienen comprendidos en el mismo atendiendo al principio de legalidad y habiéndose dotado de rango constitucional a la institución demanial. CATALÁN SENDER, añade “...su importancia para la comunidad en general es mucho menor que la de los bienes demaniales, aunque puede haber casos en que ello no sea así”<sup>629</sup>.

De esta manera, podemos extraer los principios básicos e inspiradores del dominio público, y que los van a considerar como inalienables, inembargables e intransferibles<sup>630</sup>. Remite su régimen jurídico a la Ley, partiendo de la legislación

---

<sup>626</sup> GÓRRIZ ROYO, E., Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, op. cit., págs. 953 y 954.

<sup>627</sup> En el apartado primero del artículo 132 CE se declara que “la Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y comunales, inspirándose en principios como el de inalienabilidad, imprescritibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación”. En el apartado segundo del mismo precepto se definen los bienes de dominio público estatal como aquellos “...que determine la Ley, y en todo caso la zona marítima terrestre, playas, mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”. El apartado tercero del artículo 132 también remite a la Ley, la regulación del Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación.

<sup>628</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, op. cit., pág. 954.

<sup>629</sup> CATALÁN SENDER, J.: Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios...op cit., pág. 484.

<sup>630</sup> La STC 227/1988, de 29 de noviembre declara que la incorporación de un bien al dominio público, supone no tanto una forma específica de apropiación por los poderes públicos, sino una

estatal que regula los bienes de dominio público y los preceptos del Libro II, Título I, Capítulo III del Código Civil que clasifica los bienes según las personas a las que pertenecen, dependiendo de si pertenecen a dominio público o propiedad privada (artículo 338 del Código Civil)<sup>631</sup>.

La legislación sectorial, que posee una determinada regulación propia y específica de los bienes de dominio público, integra la normativa estatal, regulando las propiedades especiales y añadiendo el contenido sustantivo del régimen del dominio público<sup>632</sup>. Dicha legislación no prevé de manera exhaustiva todos los bienes de dominio público que existen en nuestro ordenamiento jurídico, constituyendo de esta manera un sistema de *numerus apertus*<sup>633</sup>. Dicha técnica se define como el acto administrativo en sentido amplio, los bienes se destinan a una función de utilidad pública, mediante la cual se produce un cambio en la naturaleza de un bien, pasando asimismo a ingresar en el dominio público, siendo objeto de un régimen especial y teniendo carácter público<sup>634</sup>.

El elemento típico “bienes de dominio público”, adquiere un contenido extenso en el que resulta preciso delimitar el ámbito típico al que se extiende el precepto del artículo 319.1 del Código Penal, en atención a este objeto material.

Estos bienes son mayoritariamente de uso público<sup>635</sup>. La zona marítimo-terrestre, es decir, las costas, ha sufrido unos importantes cambios producidos por el

---

técnica dirigida principalmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de la exclusión mediante reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico iure privato. El bien de dominio público es así ante todo *res extracommercium* (F J 14).

<sup>631</sup> En el artículo 339 del Código Civil se definen los bienes de dominio público como aquellos destinados al uso público, los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos (apartado 1º). Además, se les añaden los que pertenecen de manera privativa al Estado, que sin ser de uso común se encuentran destinados a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional, murallas, fortalezas y obras destinadas a la defensa del territorio, y minas, mientras no se otorgue su concesión (apartado segundo).

<sup>632</sup> MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., en *Dominio público...* op. cit., pág. 26 y 27.

<sup>633</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, op. cit., pág. 955.

<sup>634</sup> BOCANEGRA SIERRA, R. / ALONSO IBAÑEZ, M.R. / FERNÁNDEZ GÓNZALEZ, F. J., en *Lecciones de Dominio Público*, 3ª ed...op. cit., págs. 29 y 30.

<sup>635</sup> Sostiene J. L. LASO MARTÍNEZ que “seguramente el legislador pensó predominantemente en el dominio público marítimo-terrestre y las vías pecuarias o zonas de la protección de las carreteras aunque en éstas, en sí mismas, al menos mientras permanezcan en servicio, difícilmente podrá construirse y si se desafectan ya no serán demaniales” y por ello, no necesitaría de la inscripción en el Registro, conforme al artículo 5 del Reglamento Hipotecario. LASO MARTÍNEZ, J. L., *En Urbanismo y Medio Ambiente*, op. cit., pág., 58.

proceso urbanizador en el desarrollo de España, y la utilización de vías pecuarias por parte de los particulares ha originado una importante degradación<sup>636</sup>. En relación con estas vías pueden darse supuesto problemáticos, como el relativo a la construcción en una zona de deslinde entre terrenos privados y dominio público marítimo terrestre o entre aquélla y una carretera, o en el cauce de un río sobre una vía pecuaria, teniendo el autor en posesión un título legítimo para ello. BORRELL CALONGE apunta que en las zonas de dominio público dichos límites pueden ser muy discutibles y han dado lugar a muchos conflictos<sup>637</sup>. En dichos casos, según GÓRRIZ ROYO, “debe atenderse a la afectación del bien, puesto que además se trataría de construcciones no autorizables administrativamente, de manera que mientras el bien formalmente sea demanial, la conducta resultará típica. Ello no empece la apreciación del error sobre la ilicitud del hecho (artículo 14.3 del Código Penal) en los términos anteriormente expuestos, es decir, cuando se demuestre que el que construye sin autorización lo hace a consecuencia de un deslinde impreciso, de manera que si dicho error es de carácter invencible permitirá excluir la responsabilidad penal, mientras que si es vencible, se aplicaría la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en el artículo 319 del Código Penal”<sup>638</sup>.

Las construcciones sobre zonas afectadas al dominio público resultan un problema por estar sometidas a servidumbres legales de carácter administrativo. Éstas se regulan en el artículo 334 del Código Civil y las que vienen impuestas por ley deben serlo por utilidad pública, las referencias típicas a “bienes de dominio público” sólo deben comprender el demanio en sentido estricto y los derechos reales limitados, adquiridos convencionalmente por expropiación. Las servidumbres administrativas y limitaciones impuestas por interés público, integran también el artículo 319.1 del Código Penal porque también se consideran bienes de dominio público, como las servidumbres en dominio marítimo terrestre<sup>639</sup>.

---

<sup>636</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., en Código Penal. Doctrina y jurisprudencia...op. cit., pág. 3202 pone de manifiesto que “...las construcciones no autorizadas en dichas vías, podrán encajar un nuevo tipo delictivo”.

<sup>637</sup> BORRELL CALONGE, A., en “Los nuevos delitos sobre la Ordenación del Territorio y sobre el Patrimonio Arquitectónico. Aspectos técnicos”, en R. D. U. M. A, 1997, año XXX I, nº 151, pág. 72.

<sup>638</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, op. cit., págs. 956 y 957.

<sup>639</sup> La SAP de La Coruña de 7 de marzo de 2000 se refiere a la construcción de una nave en terreno colindante con la vía, el Tribunal analiza la Ley de Costas, llegando a la conclusión de que “...con la actuación realizada el acusado ha infringido el precepto que se analiza en el artículo 319. 1

La delimitación del elemento típico de los bienes de dominio público obliga a plantear si solo el demanio natural (aguas, costas, espacios naturales...) se incluye en el ámbito típico o también el demanio artificial o instrumental (carreteras, puertos... infraestructuras en general). Para la doctrina administrativista esta categoría del demanio satisface los fines constitucionales. GÓNZALEZ SANFIEL considera que aunque la doctrina del Tribunal Constitucional, está pensada más bien para el demanio natural “no existe inconveniente para extenderla también al demanio artificial o instrumental, toda vez que podríamos encontrar en éste igualmente fines constitucionales a satisfacer”<sup>640</sup>. GÓRRIZ ROYO, por ello entiende que el dominio público que maneja el ámbito administrativo, no puede ser restringido penalmente pese a resultar un concepto amplio<sup>641</sup>. En todo caso, se trataría de un demanio que sirve a la función de uso común general, como pone de manifiesto VERCHER NOGUERA, quien se decanta por una acepción amplia del dominio público que incluya tanto el dirigido a la protección ambiental como el que incide de manera directa en la ordenación del territorio y el urbanismo<sup>642</sup>, opinión que comparto. Y en este mismo sentido de admisión de este concepto en sentido amplio se pronuncia ACALE SÁNCHEZ<sup>643</sup>. BLANCO LOZANO, por su parte, destaca la característica del destino a la utilización pública del dominio público<sup>644</sup>.

La utilización de este criterio funcional para delimitar la referencia típica a los “bienes de dominio público” no impide apreciar la estrecha vinculación que el concepto penal de dominio público tiene con la protección del medio ambiente<sup>645</sup>. DARNACULLETA i GARDELLA pone de manifiesto que, en la actualidad, puede constatarse la reorientación de la categoría de dominio público como instrumento de protección del medio ambiente, afirmando que “... la institución demanial como técnica articulada en torno a la protección de unos bienes especialmente

---

del Código Penal, se ha construido en este caso una nave en zona protegida por la servidumbre pública de protección de una zona marítimo-terrestre, sin la debida licencia” (F J 5º).

<sup>640</sup> GÓNZALEZ SANFIEL, A. M.: Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público, Madrid, 2000, pág. 81.

<sup>641</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, op. cit., pág. 957.

<sup>642</sup> VERCHER NOGUERA, A., en “Delitos contra la Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente”, op., cit., pág. 374.

<sup>643</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., en Delitos Urbanísticos, op., cit., pág. 256.

<sup>644</sup> BLANCO LOZANO, C.: El delito urbanístico, op., cit., pág. 119.

<sup>645</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, op. cit., pág. 958.

significativos para la Administración, constituye también el primer instrumento público de protección de los recursos naturales”<sup>646</sup>. El tradicional “demanio público natural” queda relegado a un segundo plano frente al dominio público que se encuentra relacionado con las obras y servicios públicos, puesto que esta otra orientación del demanio justifica la actuación administrativa en el proceso de la construcción y explotación de las vías de comunicación y grandes infraestructuras.

El artículo 319 del Código Penal se refiere a estos “bienes de dominio público” que se interpretan desde una perspectiva medioambiental. Se ha entendido que la incorporación de los bienes de dominio público a los supuestos del artículo 319 del Código Penal, se debe al papel de los mismos, y a su legislación, representados por el medio ambiente<sup>647</sup>. A partir de dicha perspectiva medioambiental, se justificaría la tutela del bien jurídico-penal ordenación del territorio, aunque para NARVAEZ RODRÍGUEZ, en la manifestación delictiva que consiste en llevar a cabo una construcción no autorizada en bienes de dominio público “...no pudiera hablarse exclusivamente de una protección del bien jurídico común a los delitos que protegen la ordenación del territorio” entendiéndose asimismo, que al igual que lo que sucede con los delitos que amparan la protección de los lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico o cultural “...tutela también un bien jurídico importante, como es la afectación de dichos terrenos a fines de servicio público o interés general”<sup>648</sup>. Ciertamente, en la manifestación delictiva no se está tutelando otro bien jurídico, si bien es cierto que se emplea el criterio de la afectación de los terrenos a fines de servicio público o interés general, pero para delimitar el objeto material “bienes de dominio público” que al igual que los restantes objetos materiales tiene en común la contribución material que aportan para definir el bien jurídico “ordenación del territorio”<sup>649</sup>. Comparto la opinión de esta autora, añadiendo, con la modificación del Código Penal a luz de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio que el bien jurídico

---

<sup>646</sup> DARNACULLETA i GARDELLA, M.: Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen de demanio natural, Barcelona, 2000, pág. 29.

<sup>647</sup> VERCHER NOGUERA, A.: “Delitos contra la Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente”, op., cit., pág. 374.

<sup>648</sup> NARVAEZ RODRÍGUEZ, R.: “Los delitos sobre la ordenación del territorio” op. cit., pág. 369.

<sup>649</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, op. cit., págs. 958 y 959.

tutelado sería en este caso concreto “la ordenación del territorio y el urbanismo”. En este sentido, este elemento típico proporciona una protección reforzada a los espacios naturales, entre los que encontramos lugares que tengan valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural cuando éstos hayan sido legal o administrativamente reconocidos, como exige el apartado primero del artículo 319 del Código Penal. La relevancia penal de la que se encuentran dotados estos espacios, como objetos materiales, será a todos los efectos: en dicho sentido, no solo se castiga la construcción no autorizada en los mismos cuando sean legal o administrativamente reconocidos o por los mismos motivos se consideren integrantes del suelo no urbanizable de especial protección, sino también cuando sin mencionar estas características, hayan sido afectados al dominio público. LASO MARTÍNEZ, asimismo, afirma que las servidumbres basadas en la declaración legal que exige el artículo 319.1 del Código Penal, esto es que se funden en el reconocimiento legal o administrativo de los valores paisajísticos, ecológicos, artísticos o culturales, pueden considerarse típicas a los efectos de dicho precepto<sup>650</sup>. Estas serían las únicas servidumbres legales relevantes para integrar el artículo 319.1 del Código Penal. Este supuesto podría darse, por ejemplo, cuando se construye sin autorización en una zona de servidumbre de dominio marítimo-terrestre. Al igual ocurre con los viales y zonas verdes que de manera actual forman parte del demanio, e integran la referencia típica a los “bienes de dominio público”, adquiriendo la función de los lugares referidos en el artículo 319.1 del Código Penal, cuando no presentando alguna de las características de los restantes objetos materiales a los que hace referencia este precepto penal, no puedan ser identificados exactamente con ellos. En opinión de ACALE SÁNCHEZ, a que ya aludimos, la referencia típica a los “bienes de dominio público” es “un cajón de sastre”<sup>651</sup>. Dicha referencia típica se utiliza para incluir la protección de los viales, zonas verdes actualizadas y bienes valorados ecológica, paisajística, cultural, histórica o artísticamente, si bien en su consideración de objetos materiales.

Por otro lado, los bienes del “dominio público artificial o instrumental” que se refieren a las vías de comunicación (carreteras, vías pecuarias...) o las grandes infraestructuras (ferrocarriles, aeropuertos...), podrían tener en principio relevancia

---

<sup>650</sup> LASO MARTÍNEZ, J. L.: Urbanismo y Medio Ambiente, op. cit., pág. 61.

<sup>651</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., en Delitos Urbanísticos, op. cit., pág. 257.

penal, integrándose en el artículo 319.1 del Código Penal, ya que se encargan de verificar el uso público y si no sirven de objeto para la protección del medio ambiente, su consideración se encuentra justificada en cuanto a que se encuentran vinculados a la perspectiva urbanística del bien jurídico “ordenación del territorio”; no olvidemos que ya con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el bien jurídico es “ordenación del territorio y el urbanismo”. Los supuestos en los cuales el Estado lleva a cabo grandes obras de infraestructuras, podrían ocasionar un problema de tipificación (construcción de autopistas, puestos aeropuertos...) <sup>652</sup>, ya que según la jurisprudencia contencioso-administrativa <sup>653</sup>, en atención a las Leyes de carreteras estatales y autonómicas, dichas obras públicas no requieren de licencia urbana municipal. Así, CATALÁN SENDER, considera que “...evidentemente no se dará el tipo penal que está únicamente pensado para las obras que requieren licencia y no la tienen <sup>654</sup>”.

Respecto al requisito típico de la ausencia de autorización, conviene hacer aquí referencia a la problemática en relación con las autorizaciones requeridas a los particulares para construir en los bienes de dominio público, cuando para poder llevar a cabo determinadas actuaciones en dicho territorio (zonas marítimo terrestres, carreteras, cauces públicos...) sea preceptiva la autorización del titular del bien además de la licencia municipal. De esta forma, las conductas que consisten en realizar una construcción sin autorización en estos lugares, constituirán infracción administrativa, como la contenida en la Ley de Costas 22/1998, de 28 de julio que tipifica como infracción grave “la ejecución no autorizada de obras e instalaciones en el dominio público marítimo terrestre, así como el aumento de la superficie, colmen o altura construidos sobre los edificios”; asimismo, el artículo 31. b) de la Ley de Carreteras y Caminos, Ley 25/1988, de 29 de julio, considera como infracción grave “realizar obras, instalaciones o actuaciones no permitidas en la zona de dominio público, servidumbre o de afección de la carretera, llevadas cabo sin las autorizaciones o licencias requeridas, o incumplir algunas de las prescripciones

---

<sup>652</sup> BOIX REIG, J. / JUANATEY DORADO, C., en Derecho Penal. Parte Especial, 3ª edición, op. cit., pág. 630.

<sup>653</sup> SSTs 28 de septiembre de 1990, de 26 de febrero de 1990 (F J 3º) y 9 de febrero de 1996 (F J 3º). Además, cfr. la STC 40/1998 de 28 de febrero, donde se precisan las exenciones para solicitar la licencia municipal en atención a la razón de ser de las obras y no del espacio físico donde se realizan (F J 39).

impuestas en las autorizaciones otorgadas, cuando no fuera posible su legalización posterior”. El apartado 4º letra a) tipifica como infracción muy grave “realizar obras, instalaciones o actuaciones no permitidas entre la arista exterior de la explanación y la línea de edificación, llevadas a cabo sin las autorizaciones o licencias otorgadas”. Por su parte, el artículo 108 d) de la Ley de Aguas, 29/1985, de 2 de agosto -hoy sustituida por el Texto Refundido 1/2001, de 20 de julio-, consideraba infracción administrativa, entre otras, “la ejecución sin la debida autorización administrativa, de obras, de trabajos, siembras o plantaciones en los cauces públicos o en las zonas sujetas legalmente a algún tipo de limitación en su destino o uso”. Además, a partir del Código Penal de 1995, también estas conductas podrán ser consideradas delito.

La autoridad administrativa competente, mediante sus autorizaciones, podrá dictar actos de tolerancia para el uso especial o privativo del dominio público, de esta manera el particular no podría alegar derecho alguno, revistiendo carácter constitutivo y no meramente declarativo; señala ROMERO REY, que el acto de autorización “...es, en general, revocable; caracterizándose por tratarse de un acto de naturaleza claramente discrecional”<sup>655</sup>. Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, podemos llegar a la conclusión de que la exclusión de la tipicidad en atención al requisito típico de la ausencia de autorización prevista en el artículo 319.1 del Código Penal, se producirá cuando concurran a la vez las dos autorizaciones, esto es, la que debe otorgar la Administración titular del bien de dominio público y la municipal o urbanística<sup>656</sup>. Debido a que ambas son indicativas de los límites de tolerancia establecidos por la Administración, una vez superados éstos, la lesión al bien jurídico “ordenación del territorio y el urbanismo” sería penalmente relevante.

---

<sup>654</sup> CATALÁN SENDER, J., en *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios...*, op. cit., pág.483.

<sup>655</sup> ROMERO REY, C., en “Interrelaciones entre la acción penal y la protección administrativa de la Ordenación del Territorio. En especial el artículo 319 del Código Penal”, R. D. U. M. A, núm. 177, 2000, pág. 113.

<sup>656</sup> En los casos en los que deba producirse la concurrencia de las autorizaciones necesarias para construir, la exclusión de la tipicidad a efectos penales, es un tema pacífico en la doctrina, en la que se defienden algunas posiciones: los que se encuentran a favor de que la autorización a que hace referencia el artículo 319.1 del Código Penal es la que corresponde otorgar a la Administración titular del bien y no a la licencia municipal; opinión mantenida por BETRAN ABADÍA R. /CORVINOS BASECA P. /FRANCO HERNÁNDEZ Y., en “Los nuevos delitos sobre la Ordenación del Territorio...” op. cit., pág. 25. Por otra parte, se encuentran los que sostienen que la autorización que hace que la conducta devenga atípica es únicamente la licencia urbanística, entre otros LÓPEZ RAMÓN, F., en “Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos”, op. cit., pág. 58. Finalmente, se encuentran quienes entienden, como se sostiene la presente investigación, que la falta de una

Finalmente, debemos indicar que se podría plantear, en los supuestos en que se den los requisitos típicos, tanto como para la infracción administrativa como para la penal, la necesidad de aplicar el principio “ne bis in idem”, que supone la exclusión de la doble sanción, lo que viene, a su vez, garantizado por otro principio, el de preferencia de la jurisdicción penal que en algunos casos está contemplado expresamente en la normativa administrativa sectorial<sup>657</sup>.

Respecto a los lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su **valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural**, constituyen categorías formales que se identifican a partir de un régimen jurídico reglado. Para ello, tenemos que tener en cuenta leyes entre las cuales destaca la Ley 2/1989, de 18 de julio, por la que se aprueba el Inventario de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía. Y por otra parte, y en el ámbito estatal, destaca la Ley 4/1989, de 27 de marzo de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre (LCENFF), cuya finalidad es dar cumplimiento al mandato del legislador que exige que los poderes públicos velen por la utilización racional de los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente; es decir, crear un régimen protector de los recursos naturales.

En el artículo 319.1 del Código Penal, constituyen delito urbanístico, de la misma manera, las construcciones no autorizables ejecutadas en espacios naturales como las construcciones no autorizables en ámbitos espaciales sometidos a protección por fines urbanísticos y por instrumentos de planificación territorial<sup>658</sup>.

La declaración de Parques y Reservas Naturales, exige la elaboración del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales conforme a la Exposición de Motivos de esta Ley<sup>659</sup>. Además, dicha Ley establece la posibilidad de delegar la gestión de

---

autorización de las varias en concurso, hace que la obra sea “no autorizada” como CATALÁN SENDER, J., en Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios...op. cit., pág. 480.

<sup>657</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, op. cit., págs. 961 y 962.

<sup>658</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, M. B.: Delitos urbanísticos...op. cit., pág. 175.

<sup>659</sup> La LCENFF afirma que dichos Planes son obligatorios y ejecutivos en las materias que dicha Ley regula, constituyendo, asimismo, un límite para cualesquiera otros instrumentos de ordenación territorial o física, cuyas determinaciones no podrán alterar o modificar dichas disposiciones (artículo 5.2 LCENFF).

dichos espacios naturales protegidos a las Comunidades Autónomas en cuyo ámbito se encuentren ubicados.

Existen, además, ámbitos espaciales en los que concurren los delitos paisajísticos y ecológicos, que aunque no pueden denominarse espacios naturales, sí son objeto de protección mediante la planificación urbanística y territorial<sup>660</sup>. Dichos ámbitos espaciales se encuentran sometidos a protección mediante los planes urbanísticos y su clasificación como suelo no urbanizable de especial protección, así como mediante instrumentos de planificación territorial.

Si nos referimos al lugar paisajístico, no existe legislación específica estatal sobre este tema concreto. El artículo 12 d) del Texto Refundido de la Ley del Suelo 1976 especificaba que uno de los elementos que deben incorporar los Planes Generales de Ordenación es el conjunto de medidas para “la conservación de la naturaleza y defensa para el paisaje de conformidad con la legislación específica que sea de aplicación en cada caso”. En la actualidad, el texto refundido de 20 de junio de 2008, TR 2/2008, en el Título II, analiza las bases del régimen del suelo y en lo que respecta a nuestra Comunidad Autónoma, la Ley 7/2003, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía o LOUA, específica los Planes en la Comunidad Autónoma de Andalucía, como el Plan General de la ordenación andaluza. En ambos textos legislativos-artículo 12.2 TR 2/2008 y artículo 46.1 c) LOUA-, el paisaje se considerará, evidentemente, suelo de naturaleza no urbanizable.

El artículo 10 de la LCENFF, delimita los espacios naturales protegidos, haciendo referencia a los espacios del territorio nacional, así como a la aprobación de planes especiales de protección del paisaje. También establece catálogos para su protección.

Para poder clasificar dichos lugares protegidos, tenemos que tener en cuenta la incoación del expediente, al otorgar al lugar la misma protección que si el lugar

---

<sup>660</sup> BETRÁN ABADÍA, R. / CORVINOS BASECA, P. / FRANCO HERNÁNDEZ, Y., en “Los nuevos delitos sobre la ordenación...”, op. cit., pág. 28.

hubiera sido considerado por su valor histórico, artístico o cultural; en este sentido, el artículo 11 de la Ley 16/1985, de 25 de junio del Patrimonio Histórico Artístico Español dispone lo siguiente: “La incoación de expediente para la declaración de Bienes de Interés Cultural determinará, en relación al bien afectado, la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los bienes declarados de interés cultural”. Incurrirán, entonces, en delito si dichas actuaciones se llevan a cabo una vez iniciado el expediente y durante su tramitación, siempre y cuando la resolución final otorgue la protección. En el caso en que dicho expediente concluya sin que su valor se haya reconocido, al no existir la protección, dicha acción se consideraría atípica<sup>661</sup>.

Teniendo en cuenta los valores y bienes dignos de protección, según el artículo 12 de la Ley, (LCENFF) los espacios naturales protegidos se clasifican en cuatro categorías: parques, reservas naturales, monumentos naturales y paisajes protegidos.

Los parques son considerados, según el artículo 13 de esta Ley, áreas naturales que han sido poco transformadas mediante la explotación o la ocupación humana, debido a que poseen un valor ecológico, estético, educativo y científico relacionado con la belleza del paisaje, representatividad de sus ecosistemas o singularidad de su flora o fauna o de sus formaciones geomorfológicas.

El artículo 14 se refiere a las reservas naturales, como espacios cuya creación se utiliza para la protección de los ecosistemas, comunidades o elementos biológicos que por su rareza, fragilidad, importancia o singularidad, han de ser valorados de una manera especial. Conforme al artículo 15, para la declaración de parques o reservas naturales, se exige la previa elaboración y aprobación de un plan de ordenación de los recursos naturales de dicha zona.

Los monumentos naturales, especies o elementos de la naturaleza que se encuentran constituidos mediante formaciones de notoria singularidad, belleza o rareza y merecen ser objeto de protección especial, se regulan en el artículo 16 de

---

<sup>661</sup> CASTRO BOBILLO, J. C.: “Los delitos contra la ordenación...”, op. cit., pág. 409.

esta Ley. Y se consideran paisajes protegidos, aquellos lugares estéticos y culturales que merecen una especial protección, según el artículo 17 de la LCENFF.

La defensa de los valores paisajísticos, sin embargo, se lleva a cabo mediante la legislación autonómica, instrumentos de planificación territorial y planes especiales que de manera singular podrán tener dicho objeto específico<sup>662</sup>. Dichos paisajes naturales poseen un valor ecológico, que puede presentar dificultades en la interpretación de los tipos penales; al entrar en juego la defensa del medio ambiente, dicha materia es competencia estatal, sin perjuicio de su desarrollo y mejora en el ámbito autonómico<sup>663</sup>. Por lo tanto, podemos considerar que todos los lugares referidos en la LCENFF, integrarían el artículo 319.1 del Código Penal.

Los lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural constituyen el llamado objeto de la acción, sobre el que se vertebra el delito urbanístico. En dicho caso y teniendo en cuenta la anterior afirmación, considero que el suelo es el objeto material del delito, donde se lleva a cabo la construcción típica y a partir de ello se afirma la lesión que se produce al bien jurídico.

BLANCO LOZANO<sup>664</sup> y SANTANA VEGA<sup>665</sup>, hacen una distinción entre el objeto material del delito (el suelo) y el objeto material de la acción (la construcción y edificación), lo que desde el punto de vista de BOLDOVA PASAMAR, induce a confusión entre el objeto material de la acción y la finalidad o resultado de dicha acción. Por otra parte, según dicho autor, dicha distinción es innecesaria<sup>666</sup>, ya que, en estos delitos, el resultado de la acción, el objeto de dicha acción queda fuera de las exigencias típicas. Asimismo, esta opinión es compartida por LAURENZO COPELLO que distingue entre el objeto de la acción y el efecto sobre el objeto de la acción, que aludiría al resultado del delito<sup>667</sup>.

---

<sup>662</sup> GARCÍA PLANAS, G.: El delito urbanístico, op. cit., pág. 43.

<sup>663</sup> El artículo 338 del Código Penal, afirma, en este sentido: “Cuando las conductas definidas en este título afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivas previstas”, lo que plantea dificultades en relación al 319.1 del Código Penal”.

<sup>664</sup> BLANCO LOZANO, C., El delito urbanístico...op. cit., pág. 114:

<sup>665</sup> SANTANA VEGA : Delitos urbanísticos...op. cit., pág. 338.

<sup>666</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos...op. cit., pág. 144.

De manera independiente a la ausencia de autorización (lo que supone ya una conducta antinormativa), la gravedad de una conducta deriva del objeto sobre el que recae la acción, ya que de manera independiente a su clasificación urbanística, estamos ante suelos de interés público<sup>668</sup>, frente al género no urbanizable, el cual es de interés difuso y está enfocado a la colectividad, y es fundamental para el cumplimiento de la función social. Debemos entender que en relación con los suelos y lugares que sean, por lo citado anteriormente, dignos de protección penal, a su vez serán considerados de utilidad pública.

Cuando el tipo alude a los suelos, simplemente se refiere a la tierra, pero cuando alude a los lugares, aunque el término sea más amplio que el anterior, no modifica el objeto de la acción, ya que a efectos de la ordenación urbanística del suelo se comprende la superficie del terreno, así como el vuelo y el subsuelo, tanto en su espacio natural como transformado.

Si nos referimos a estos lugares considerados de especial protección, podría tratarse también de una servidumbre en las costas<sup>669</sup>. Además, habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 27 y siguientes de la Ley de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que engloba la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, así como a la correspondiente legislación autonómica.

Habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 27 y siguientes de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que derogaba la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales

---

<sup>667</sup> LAURENZO COPELLO, P.: El resultado en Derecho Penal, op. cit., págs. 114-157.

<sup>668</sup> GÓMEZ RIVERO, M. C.: El régimen de las autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio..., op. cit., pág. 26. POZUELO PÉREZ : Notas sobre la denominada “expansión del Derecho Penal”..., op. cit., pág. 41.

<sup>669</sup> Vid. LASO MARTÍNEZ, J. L.: Urbanismo y Medio Ambiente en el nuevo Código Penal, op. cit., pág. 61. GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio, op. cit., pág. 957, donde considera que las servidumbres legales de carácter administrativo integran el artículo 319.1 a través del concepto de dominio público. SANTANA VEGA, : Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 341, entiende que las zonas de servidumbre o afección de carreteras no entrarían en el tipo, y en concreto las excluye del ámbito conceptual de las zonas verdes, al entroncar esta autora la ordenación del territorio con el medio ambiente y por no acentuar la subsidiariedad del Derecho Penal con relación al Derecho Administrativo.

y de la Flora y Fauna Silvestre, así como a la correspondiente legislación autonómica.

En este sentido, la Ley 42/2007 manifiesta en su Exposición de Motivos, que el tercer componente del Título I alude al planeamiento de los recursos naturales y mantiene como instrumentos básicos del mismo los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales y las Directrices para la Ordenación de los Recursos Naturales, creados en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, perfilando, de esta manera, los primeros como instrumento específico de las Comunidades Autónomas para la delimitación, tipificación, integración en red y determinación de su relación con el resto del territorio, de los sistemas que integran el patrimonio y los recursos naturales de un determinado ámbito espacial<sup>670</sup>.

Los artículos 14 y siguientes de la Ley 16/1985 de 25 de julio, del Patrimonio Histórico Español, establecen las condiciones en que los bienes inmuebles y los suelos se declaran patrimonio histórico o de interés cultural. De todas formas el objeto digno de protección penal en el delito se ciñe a la acción realizada en el ámbito del Derecho Administrativo.

En relación a estos lugares podemos poner de manifiesto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 14 de marzo de 2000, en la cual se absuelve a un acusado que había construido en zona no urbanizable de especial protección natural ambiental, grado 2, que según el Plan de Ordenación Urbana de Palencia permite construir una edificación dedicada a actividades agrarias, granja, escuela o incluso vivienda unifamiliar agraria. La Audiencia Provincial de Palencia entiende que la litigiosa construcción no difería sustancialmente de estas edificaciones, por lo cual considera que no se puede afirmar con rotundidad que dicha construcción litigiosa perturbase el bien jurídico protegido. Podría plantearse, entonces, que la conducta fuese subsumible en el apartado segundo del artículo 319 del Código Penal de 1995. Sin embargo, la Audiencia entendió que tampoco se podían subsumir los hechos en este precepto, ya que la edificación llevada a cabo no reunía el carácter de “no

---

<sup>670</sup> SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES, J. / SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, J., La ciudad, objeto de protección penal. Acerca del llamado delito urbanístico, op. cit., pág. 194.

autorizable”, que es otro elemento que distingue a las conductas del artículo 319 del Código Penal<sup>671</sup>.

Los valores del suelo, como ya se ha dicho, deben de estar reconocidos “legal o administrativamente”. Dichos valores en los que se adjetivizan los espacios, se incluyen en la Ley del Patrimonio Nacional y de la Biodiversidad, y la Ley del Patrimonio Histórico, destacando el suelo no urbanizable especialmente protegido. No obstante, tanto la Ley del Patrimonio Nacional y de la Biodiversidad, como la Ley del Patrimonio Histórico se encargan de clasificar los espacios a ellos sometidos, mediante la concurrencia en general de dichos valores, no de todos, individualizadamente.

En el artículo 27 de la LPNB encontramos el principio general, que señala que podrán ser protegidos los siguientes espacios, que son los espacios “que cumplan al menos uno de los siguientes requisitos y sean declarados como tales: a) contener sus tierras elementos naturales representativos, singulares, frágiles, amenazados o de especial interés ecológico, científico, paisajístico, geológico o educativo; y b) estar dedicados especialmente a la producción y el mantenimiento de la diversidad biológica, de la geodiversidad y de los recursos naturales y culturales asociados”; a los parques se les reconoce valores ecológicos, estéticos, educativos o científicos, por lo tanto el problema no se relaciona con ellos. Tampoco con los denominados “monumentos naturales”, espacios naturales que se protegen por su notoria singularidad, rareza o belleza: el valor paisajístico se materializa en el objeto de protección -espacios naturales o elementos naturales-, resultando imposible de esta manera la separación del bien de su valor. Tampoco hay duda en lo que se refiere a los paisajes protegidos, pues el valor paisajístico determina la especial protección de dicho lugar<sup>672</sup>.

La subsunción de los lugares protegidos en las obras a las que se refiere el artículo 319 del Código Penal, no es automática en lo que se refiere a las “reservas

---

<sup>671</sup> ROCA AGAPITO, L.: Los delitos contra la ordenación del territorio en la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, en Revista de Derecho Penal, Lex Nova, enero, 2002, pág. 116.

<sup>672</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, op. cit., pág. 234.

naturales”, cuya conjunción tiene por objetivo la protección de los elementos y sistemas naturales que lo integran, no en cambio, los valores naturales que se han señalado específicamente, si bien éstos, han sido incluidos dentro de los espacios naturales protegidos, por suponer la concreción material de aquellos.

Los lugares que integran el Patrimonio Histórico Español serían los artísticos, históricos o culturales; se han incluido dentro de los espacios naturales protegidos y suponen la concreción material de éstos. El artículo 1.2 de la LPH señala que integran dicho patrimonio los bienes inmuebles y los objetos muebles de interés histórico, artístico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico, además de los “yacimientos y zonas arqueológicas; así como los sitios naturales, jardines y parques que tengan valor artístico, histórico o antropológico”.

Los artículos 14 y 15 de la LPH clasifican los bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Histórico según lo dispuesto en el artículo 1.2 LPH, distinguiendo monumentos de valor por su interés histórico, artístico, científico y social; y sitios históricos, por su valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico. Junto a ellos, se incluyen los valores de los bienes inmuebles de carácter cultural de los que se predica dicho valor, junto con unos valores de características naturales, como son los jardines históricos y las zonas arqueológicas, es decir; valores estéticos, sensoriales o botánicos; y zonas arqueológicas, “lugares o parajes naturales”.

Debido al mismo argumento utilizado, respecto a los bienes inmuebles incluidos dentro de los Espacios Naturales Protegidos, se reconocen de forma genérica en el artículo 1.2 de la LPH los valores generales que hacen que se incluyan dentro del artículo 319.1 del Código Penal la protección cultural de los valores culturales, de manera independiente a los valores de los Conjuntos Históricos, que en su definición no es posible encontrarlos referenciados.

Además, se pueden incluir, por último, en el artículo 319.1 del Código Penal por tener legal o administrativamente reconocidos dichos valores en virtud de lo establecido por las Comunidades Autónomas, en sus legislaciones urbanísticas, los suelos protegidos por sus excepcionales valores paisajísticos, culturales o históricos

para la defensa de la flora o fauna o recursos ecológicos<sup>673</sup>. La STS 1127/2009 de 27 de noviembre (RJ 2010/1024), consideró la concurrencia de los presupuestos exigidos por el apartado primero del 319 del Código Penal en un supuesto en que el suelo estaba catalogado como área rural de interés paisajístico, en atención a la normativa balear, y se alegaba falta de valor paisajístico en la zona donde se había llevado a cabo la construcción. El Tribunal Supremo afirma que la construcción se encuentra próxima a zonas de nula o escasa protección y que por lo tanto no supone un quebranto al bien jurídico protegido penalmente. Dicha construcción implica la instauración de falta de seguridad jurídica, acerca de la norma complementaria y de la ley penal en blanco, ignora que en la paisajística la perspectiva es un elemento esencial, el desconocimiento de su importancia ha llevado, por consiguiente, a la situación desastrosa en la que se encuentra España a efectos de la perspectiva paisajística en la ordenación del territorio, lo que requiere una valoración técnica y conjunta de los terrenos y construcciones, sin prescindir de la interacción entre unos y otros para el paisaje, lo cual acertadamente, se ha recogido en la Sentencia.

Además, en virtud de la ley, también pueden haber sido reconocidos administrativamente, los valores señalados. Así, como ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 144/2010, de 29 de abril (ARP/2010/738), destaca la importancia de las resoluciones de tipo administrativo como forma de reconocer los valores señalados, convirtiendo en típica la conducta a efectos penales, como ejemplo, la declaración de un bien inmueble como bien de interés cultural<sup>674</sup>

Respecto a otros **lugares considerados de especial protección**, a declaración de un espacio protegido, por regla general, supone un cambio de usos del medio, lo que genera en los terrenos de dicho espacio los deberes de conservación, así como limitaciones en sus facultades de dominio y goce. En algunos supuestos generan el

---

<sup>673</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, op. cit., pág. 234.

<sup>674</sup> Afirma, así, en este sentido que “convenimos con el Ministerio Fiscal en que la dicción del artículo 319 del Código Penal es clara en que en este tipo el legislador alude no sólo a las normas jurídicas sino a resoluciones administrativas”.

derecho a la indemnización en los propietarios, de acuerdo con la legislación de expropiación forzosa<sup>675</sup>.

El Tribunal Constitucional realiza limitaciones genéricas de los usos y actividades a los que se someten dichos terrenos y que en principio no son indemnizables, ya que se insertan dentro de la “simple delimitación o configuración legal de derecho”, se ampara en la función social de la propiedad, y, según el artículo 33.2 de la Constitución Española no implica una privación o expropiación traslativa de valores y utilidades, ya que “no vulneran el contenido esencial de los derechos afectados al tratarse de medidas que protegen el espacio natural, según la calificación y en cumplimiento del artículo 45 de la Constitución Española”. Dicho precepto avala, para el Tribunal Constitucional, la legitimidad de la adopción de regulaciones restrictivas de los derechos patrimoniales precisos para proteger y conservar los espacios naturales de carácter no indemnizable.

Nos encontramos ante una privación, según el Tribunal Constitucional, cuando las limitaciones incidan o se ocupen del contenido esencial del derecho a la propiedad. El Tribunal expone que el Ordenamiento Jurídico ha ido fijando el límite a partir del cual entiende que sí ha existido una privación de derechos y por lo tanto derecho a una indemnización, en los límites impuestos por los poderes públicos que protegen los espacios naturales incompatibles con la utilización tradicional y consolidada de los predios. Dicha técnica era la utilizada por el artículo 87.2 de la Ley del Suelo de 1976, respecto al suelo no urbanizable. El principio de previsión del ordenamiento jurídico, que indemniza solamente algunas limitaciones o vinculaciones de derechos, las cuales sopesan la barrera del uso tradicional y consolidan el bien jurídico protegido, no invaden los derechos, sino que delimitan el contenido en el que se incluye la función social.

Jurisprudencia y doctrina coinciden del mismo modo, de forma reiterada en la estricta reiteración del artículo 87.2 de la Ley del Suelo de 1976, y el carácter excepcional de la indemnización, exigiéndose, por lo tanto, la concurrencia de la

---

<sup>675</sup> AA.VV., “Ordenación urbanística y medio ambiente. En especial Espacios Naturales Protegidos”, en Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 164, septiembre, 1998, Revista electrónica VLex-132262, pág. 3.

responsabilidad patrimonial de la Administración y el cumplimiento -en la fase final- de los deberes y actuaciones que la Ley impone a los propietarios. Para que se dé una indemnización mediante el Código Penal de 1995, han de tener lugar los siguientes requisitos:

-se ha de producir una modificación o revisión del Planeamiento urbanístico, como consecuencia de la actividad innovadora de la Administración en la actividad planificadora.

-las limitaciones o perjuicios no deben ser generalizados, sí en cambio singulares.

-se produce una lesión patrimonial efectiva: el propietario que tiene demostrar que ha adquirido el derecho que era valorable económicamente. Han de restringirse en este caso los aprovechamientos reales en el momento de aprobación del plan. En este caso se considera la mera posibilidad un derecho que se integra en el patrimonio del propietario, ya que las indemnizaciones derivan de las limitaciones que vulneran los derechos o usos preexistentes.

-tiene que producirse una relación de causa efecto entre la modificación o revisión del Plan y la disminución en el aprovechamiento respecto al planeamiento anterior, lo cual supone un cambio, por tanto, de la clasificación de los terrenos a no urbanizables de especial protección, lo que en un momento anterior fue aprobado por el Proyecto de Urbanización, y ello como consecuencia de la Declaración de Parque Natural. Por lo tanto, cuando el Decreto de declaración del Parque no tiene efectos sobre el planeamiento urbanístico, no procedería la indemnización.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 11 de junio de 1994, plantea un supuesto en el que la declaración de Parque Natural de S'Albufera de Mallorca -que se produjo por Decreto del Gobierno Balear 4/1988, de 28 de enero (en aplicación del artículo 5 de la antigua Ley estatal 15/1975, de Espacios Naturales Protegidos)- dio lugar a que terrenos respecto de los cuales estaba aprobado un Plan

---

Parcial y un Proyecto de Urbanización quedaran clasificados como suelo no urbanizable de especial protección, con la calificación de área de Albufera y nivel de Protección correspondiente a paraje preservado<sup>676</sup>.

Se cuestiona, entonces, la procedencia o no de indemnización de acuerdo con la Ley de Expropiación Forzosa. Asimismo, se tiene en cuenta el artículo 3 del Decreto 4/1988, que establece que la declaración de Parque Natural no tiene efectos sobre el planeamiento urbanístico y por tanto los terrenos incluidos en el parque pueden mantener su calificación urbanística, estos se contabilizan como zona verde. El artículo 5 dispone lo siguiente: “La clasificación del territorio como Parque Natural será compatible con los derechos otorgados por la Ley y el planeamiento urbanístico sobre el suelo no urbanizable. Cualquier privación singular de la propiedad privada o intereses patrimoniales legítimos derivados de esa declaración o que el Plan de Uso y Gestión establezca en el caso de que sea necesaria para la conservación de espacio natural, será objeto de indemnización de acuerdo con lo que establezca la legislación vigente de expropiación forzosa”<sup>677</sup>.

La ya citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de 11 de junio de 1994, en plena concordancia con la doctrina jurisprudencial, llegó a la conclusión de entender no procedente la indemnización prevista en el antiguo artículo 87.2 de la Ley de Suelo de 1976, dado que “...el Decreto viene a obligar a la modificación de los instrumentos de planeamiento a los únicos efectos de desplazar

---

<sup>676</sup> Cfr. AA.VV.: Ordenación urbanística y medio ambiente. En especial Espacios Naturales Protegidos, en Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 164, septiembre, 1998, Revista electrónica VLex-132262, pág. 5.

<sup>677</sup> Al respecto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 17 de abril de 1996, recogiendo la doctrina jurisprudencial mantenida por el Tribunal Constitucional y por el Supremo, interpreta el citado artículo 237 del derogado Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 en el siguiente sentido: “...en principio el cambio en la clasificación del suelo no da derecho a indemnización, en cuanto manifestación del ius variandi de la Administración, salvo que resulte lesión patrimonial a los particulares y concurren las circunstancias que desde antiguo ha venido exigiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo destacando la “excepcionalidad que deriva del carácter estatutario del régimen de propiedad inmobiliaria”.

En tal sentido, “...para que nazca el derecho a exigir indemnización es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- A) Que exista un plan de Ordenación que establezca un determinado aprovechamiento.
- B) Modificación o revisión del mismo.
- C) Que los aprovechamientos urbanísticos derivados del planeamiento anterior hubiesen sido ya patrimonializados y no pudieran materializarse.
- D) Lesión patrimonial...”.

la edificabilidad de toda la zona afectada por la declaración, que debe ser indefectiblemente Zona Verde e inedificable, al resto del ámbito no afectado...ya que efectivamente, el procedimiento expropiatorio sólo debe utilizarse atendiendo a los derechos privados otorgados por la Ley y el planeamiento urbanístico sobre el suelo no urbanizable y no sobre los demás terrenos, y como medio de llevar a efecto la declaración de Parque Natural y el Plan de uso y gestión que establezca...” (Fundamento de Derecho cuarto).

En los artículos 85 y 86.1 de la antigua Ley de Suelo de 1976 junto con los concordantes artículos 16.3.2 del derogado Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, artículo 20 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del Suelo y Valoraciones- disponían que en suelo no urbanizable común -no en el de especial protección- de manera excepcional podrán autorizarse por la Administración Autónoma edificaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social que hayan de emplazarse en un medio rural, así como edificios aislados destinados a vivienda familiar en los que no exista la posibilidad de núcleo de población, quedando prohibidas las edificaciones que son características de las zonas urbanas. El vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo 2/2008, de 20 de junio, en su artículo 12. 2 a) describe la situación del suelo no autorizable, considerado como suelo rural, del siguiente modo: “En todo caso, el suelo preservado a 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”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo realiza una interpretación restringida de los supuestos en que las Comunidades Autónomas puedan autorizar instalaciones de utilidad pública o interés social que sean en un futuro susceptibles de emplazarse en un medio rural, y además edificios aislados que se hayan emplazado en el medio

rural, denegando por ejemplo la instalación de un bar restaurante<sup>678</sup>, un hipermercado<sup>679</sup>, una instalación de una piscifactoría<sup>680</sup>, o un núcleo de un zoológico de aves de presa para su crianza en cautividad<sup>681</sup> en suelo no urbanizable común. Y ello viene perfectamente fundamentado en la STS de 23 de diciembre de 1996 (Aranzadi. 9533)<sup>682</sup>.

Los Tribunales Superiores de Justicia vienen emitiendo, a través de su jurisprudencia, unos pronunciamientos que van en la misma línea que el Tribunal Supremo<sup>683</sup>.

Por su parte, la STSJ de Cataluña, de 2 de mayo de 1995 consideró de interés social-utilidad pública la construcción de una central hidroeléctrica en suelo no autorizable, situada junto al Azud, ubicado en el municipio de Cherta. Dicha sentencia parte del presupuesto de entender que los artículos 15 y 16.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 establecen “una vinculación positiva del suelo no urbanizable, centrada en la utilización racional de los recursos naturales y otra negativa residenciada en la prohibición de la parcelación” (F D 3º) y fundamenta la concurrencia del interés social y utilidad pública en el caso concreto que analiza, por una parte, en valorar la existencia de la declaración de utilidad pública a efectos

---

<sup>678</sup> Sentencia de 10 de octubre de 1992, Aranzadi 7589.

<sup>679</sup> Sentencia de 4 de diciembre de 1991, Aranzadi 9395.

<sup>680</sup> Sentencia de 24 de junio de 1992, Aranzadi 5527.

<sup>681</sup> Sentencia de 18 de julio de 1997, Aranzadi 6039.

<sup>682</sup> “...tales excepciones a la regla general de no edificabilidad en suelo no urbanizable, presumen y requieren una razón de esa excepcionalidad, una interpretación de carácter restrictivo... (de tal modo que) el interés social o de utilidad pública (que tienen igualmente el mismo contenido y significado), no pueden identificarse sin más con cualquier utilidad industrial, comercial o negocial en general de la que se derive la satisfacción de los ciudadanos como contraprestación de un lícito lucro o ganancia...El concepto, pues, de utilidad pública ha de entenderse muy estrictamente conectado con las características y finalidad perseguidas en cada caso concreto, no siendo de olvidar que el precepto penal añade el requisito de que el edificio o la instalación “hayan de emplazarse en el medio rural”, mediante lo cual se viene a indicar que los genéricos conceptos de utilidad pública o interés social, han de estar vinculados o relacionados de modo alguno, a través de la instalación o construcción, con ese medio ambiente rural en que son instalados” (F D 3º y 4º).

<sup>683</sup> La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de octubre de 1997 declara ajustada a Derecho la denegación por parte de la Administración Autonómica de la autorización para ocupar suelo no urbanizable, mediante la instalación para un aparcamiento de caravanas, por no quedar autorizada la utilidad pública o el interés social, puesto que “...en la autorización preceptiva para una instalación en suelo no urbanizable debe examinarse exclusivamente la autorización pública o interés social, valorándose los efectos sobre el medio rural. Estamos ante un concepto jurídico indeterminado que habrá que dilucidar en cada caso...debe ser determinable y determinante a través de las circunstancias concretas que le rodean” (F D 6º).

de expropiación forzosa<sup>684</sup>. Este caso trata “de una central de energía renovable no contaminante” que reduce la dependencia exterior respecto a las energías contaminantes y no renovables. Así, del dictamen pericial obrante en autos se concluye con una importante disminución anual de contaminantes atmosféricos al sustituir KW producidos en las centrales térmicas por los producidos en las centrales hidroeléctricas. Asimismo, supone una fuerte inversión económica, con mayor incidencia sobre el empleo durante su construcción que durante su puesta en marcha. No parece haber existido oposición de los habitantes de Xerta a la ubicación de la central, manifestándose a favor representantes políticos de todo un arco parlamentario autonómico. Aun cuando no conste la declaración monumental del “Azud”, es relevante, “ya que en los apuntes “apunts aclaradors” se realizaba el compromiso de respetar su basamento histórico. Por ello, tras tener en cuenta que el impacto en el medio fue valorado en el Estudio del Impacto Ambiental previo, estableciéndose las necesarias medidas correctoras, cabe considerar que concurren tanto el interés social como la utilidad pública en la obra en cuestión (F D 8º).

Por último, nos referiremos a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de mayo de 1997, cuyo contenido tiene su origen en la impugnación del acuerdo de la Comisión de Urbanismo de Lleida por la que se autorizaba la construcción de un restaurante y un área turístico-deportiva en terrenos clasificados como no autorizables, inmediatos a un espacio natural protegido.

Dicha Sentencia trae a colación el Decreto Legislativo de la Generalitat de Cataluña 1/1990, de 12 de julio (artículos 127 y 128 concordantes con los 85 y 86.1 de la antigua Ley del Suelo de 1976)<sup>685</sup>. En este sentido, el Tribunal resuelve

---

<sup>684</sup> En concreto, la Orden Ministerial de 18 de enero de 1991, otorga en Cherta la concesión de aprovechamiento hidroeléctrico, a la compañía Mediterránea de Energías, S. A, para poder instalar la mencionada red hidroeléctrica: “...la existencia de utilidad pública, aunque solo sea a efectos de ulterior expropiación forzosa, constituye una referencia significativa...” (F D 8º).

<sup>685</sup> Afirma lo siguiente: “Ahora bien, los citados preceptos, al utilizar los términos “utilidad pública” o “interés social” y “que haya de emplazarse en un medio rural”, no están remitiendo a la discrecionalidad administrativa, sino utilizando conceptos jurídicos indeterminados. Mas ello no excluye del control de legalidad de los Tribunales, ex artículo 106 CE...Debió entender la Administración, ya que, aunque no lo explicita en sus resoluciones, así se desprende de su defensa jurídica en esta litis, que la creación de puestos de trabajo y la contribución al desarrollo de una determinada área económica del municipio de Camarasa -la turístico-deportiva- eran razones bastantes para considerar que concurrían en aquella construcción autorizada las exigidas condiciones de interés social. Excluyó, pues, en su apreciación de tal concepto aquellos valores medioambientales antes apuntados, y ello pese al rasgo constitucional de los mismos y al deber impuesto por la Constitución

declarando no ajustada a Derecho la controvertida autorización, pues entiende en este caso que la autoridad pública y el interés social exigía de la Administración autonómica la no autorización de la construcción pretendida, y sí por el contrario, “la protección de determinadas especies de fauna salvaje de Cataluña en peligro de extinción y de un ecosistema faunístico de humedad”, dado que aunque la construcción autorizada no se halla dentro del ámbito perimetral del Espacio Natural Protegido, su inmediatez a la misma sí, “...ya que la construcción comienza...justo al finalizar los cinco metros lineales del cauce del río, que delimita el dominio público y que marca el límite en aquel punto de la zona protegida, hacen difícil entender que la zona de tal emplazamiento sea casable con aquella finalidad de proteger “una de las zonas húmedas de mayor extensión e interés en tierras de Poniente, estación de descanso de gran importancia en las migraciones de aves y localidad de cría de numerosas especies de status frágil...” (F D 7º). Máxime cuando en este caso no puede justificarse la existencia de interés social en la construcción de un complejo turístico-deportivo, puesto que parece razonable pensar en este caso lo siguiente “...que el turismo y el deporte en la zona prepirenaica contigua a los cauces fluviales demande preferentemente bellezas paisajísticas, flora y fauna bien conservadas y suelos no degradados por la edificación, antes que restaurantes que pueden encontrarse por doquier” (F J 6º).

En definitiva, a modo de recapitulación, desde la perspectiva de los lugares con valor paisajístico, ecológico, artístico o cultural, debemos considerar que éstos engloban a otros lugares considerados de especial protección, puesto que de estos últimos no existe regulación alguna, ni tampoco existe doctrina o jurisprudencia importante respecto a ellos.

En suma, se debe destacar la importancia de que los lugares con valor paisajístico, ecológico, artístico o cultural se regulen mediante normativas estatales o autonómicas, y separadamente, teniendo en cuenta las consecuencias que se pueden

---

Española a todos los poderes públicos de velar por su defensa (artículo 45.2 de la Constitución Española). Y es ello lo que no puede ser de recibo por este Tribunal. Reducir el interés social a valores tales como la creación de puestos de trabajo o el desarrollo de una determinada área económica, desconociendo los otros valores, supone otorgar a los primeros una preeminencia axiológica, a la cual ni el texto constitucional ni norma alguna dan soporte” (F D 6º).

derivar en relación al objeto material de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

### III VALORACIÓN CONJUNTA.

El tipo cualificado ubicado en el artículo 319.1 del Código Penal, alude a los mismos términos -urbanización, construcción o edificación- que se contienen en el tipo básico, prohibiendo la realización de obras asimismo “no autorizables” en una serie de lugares, considerados por el legislador como de especial protección, este es el modo por el cual se produce la ampliación de la pena a la de prisión de un año y seis meses a cuatro años, aplicándose asimismo, las penas de multa e inhabilitación especial.

La construcción ilegal en determinados suelos supone un desvalor que el legislador ha tenido en cuenta, ya que su protección es sensible, especialmente, en suelos que gocen de un especial reconocimiento o protección administrativa. Las actuaciones que consisten en construcciones no autorizables y que se realicen en los suelos o lugares indicados en dicho precepto son las constitutivas de delito<sup>686</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe destacar de este delito, y como elementos, la urbanización, construcción o edificación en los lugares especialmente protegidos, estimando que las obras en dichos lugares constituye un atentado grave a la utilización del suelo prevista por los instrumentos urbanísticos en cada momento<sup>687</sup>.

A tenor de este artículo 319.1, se añade al final una cláusula genérica y ambigua, de confusa redacción que alude a los lugares de especial protección. La enumeración de los lugares de especial protección tiene como finalidad evitar que queden fuera de contexto, al no ser considerados por otra ley o disposición de

---

<sup>686</sup> MELLADO RUÍZ, L. / PÉREZ FERRER, F.: “Algunas reflexiones sobre el “nuevo” derecho urbanístico en el proyecto...”, op. cit., pág. 134.

<sup>687</sup> La preocupación del legislador en este momento de 1995 parece ser concretamente que toda construcción se ampare en una autorización. En este sentido, CONDE PUMPIDO-FERREIRO

carácter especial, lugares susceptibles de tutela. Existe una indeterminación a la hora de valorar las clases de suelo y ello hace peligrar la seguridad jurídica, así como vulnerar el principio de legalidad. Además, según CARMONA SALGADO, habría una redundancia, puesto que los viales forman parte normalmente del dominio público local (dominio público viario)<sup>688</sup>.

Estamos, al igual que en el artículo 319.2, ante obras no autorizables, por lo que se trataría de obras ejecutadas no solamente sin licencia, sino contrarias al plan o a la norma vigente en el momento de su ejecución (urbanística, territorial, ambiental...), por lo tanto no sería susceptibles de legalización (no sería “autorizable”) una “construcción” en un medio del dominio público viario, zona verde o espacio natural protegido por su valor natural. Se respondería de esta forma, de manera adecuada, a la fragilidad de los bienes jurídicos protegidos, además de a la tutela penal frente a la protección administrativa. Éstos se encuentran justificados por la antijuridicidad material de las acciones más graves frente a la infracción formal de la normativa, que sería susceptible de trasladarse al ámbito de la acción administrativa <sup>689</sup>. Debe primar la “ilegalidad material” de las construcciones. Lo relevante para la protección de “espacios sensibles”, no es, en realidad, la presencia o no de licencia, que, además, en estos casos, al tratarse de obras no autorizables, sería imposible conceder, sino la existencia y respeto en la ordenación de las “obras” del instrumento de planificación adecuado (atendiendo al plan general o especial de protección), donde se consignan a su vez los criterios de protección de manera estratégica e integrada con respecto al conjunto del suelo municipal; en este caso, el elemento de protección o bien jurídico protegido, debería haber sido, en realidad, el carácter natural o inicial del suelo protegido, su aislamiento de los procesos constructivos, de la misma manera que se debía haber acentuado la finalidad teleológica de protección ambiental, más allá de la verificación o no de determinadas construcciones.

---

(Dir.), “Artículo 319 del Código Penal”, en Código Penal comentado con concordancias y jurisprudencia, T. II, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 967.

<sup>688</sup> CARMONA SALGADO, C.: “Delitos sobre la ordenación del territorio...”, op. cit., pág. 659.

<sup>689</sup> MELLADO RUÍZ, L. / PÉREZ FERRER, F.: “Algunas reflexiones sobre el “nuevo” derecho urbanístico en el proyecto...”, op. cit., pág. 137.

Por otra parte, y en relación al objeto material sobre el que recaen las conductas-suelo “no urbanizable”, debemos recordar que el Derecho Penal dota al “suelo no urbanizable” de significación material, conservándose en muchas legislaciones autonómicas dicho término<sup>690</sup>. Si en el suelo no urbanizable, el planeamiento general considera que es necesario preservar los valores paisajísticos, históricos, artísticos, científicos, ambientales o culturales, dicha conducta será recogida en el artículo 319.1 del Código Penal; en este tipo cualificado, de igual manera se incluirán viales, zonas verdes, bienes de dominio público. Sin embargo, han sido discutidas por la doctrina las referencias a obras de urbanización, construcción o edificación “no autorizables”; éstas, deben interpretarse como obras contrarias al planeamiento y a la normativa urbanística prevista, es decir, se trata de obras “no legalizables”, según la normativa urbanística vigente en el momento en que estas se ejecutan<sup>691</sup>.

No se aprecia ninguna diferencia en esta figura agravada respecto al reducido círculo de sujetos activos eventuales, los cuales únicamente pueden ser promotores, constructores o técnicos directores. Además de que este delito solamente puede ser realizado mediante comisión dolosa, no admitiéndose el tipo imprudente, al igual que

---

<sup>690</sup> En la Propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal de 2008, se sugiere la no actualización constante del Código Penal desde dicha perspectiva, y se pretende mantener el “nomen iuris” de “suelo no autorizable”, que encontramos en la legislación del Suelo del 1992, con la finalidad de utilizar dicha expresión para referirnos a determinados valores independientemente de la denominación que desde el punto de vista formal quiera emplear el legislador estatal o autonómico. Teniendo en cuenta el criterio favorable de la doctrina especializada, que ha mantenido un criterio atendiendo a las características concretas del suelo, es decir, ha admitido un criterio material para delimitar el suelo no urbanizable, incluiremos en este caso el suelo urbanizable, en el que aún no se hubiese aprobado el correspondiente planeamiento de desarrollo.

<sup>691</sup> Asimismo, se consideran atípicas, las construcciones o edificaciones que son susceptibles de legalización, es decir, que se pueden legalizar mediante el procedimiento previsto en la legislación urbanística, al poder cumplir en un momento u otro los requisitos de los planes de ordenación. En todo caso, éstas serían las obras o construcciones no autorizadas; que serían atípicas con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Sin embargo, sería diferente, otro supuesto específico en que la obra no sea susceptible de legalización con los planes vigentes en ese momento, es decir, nos referimos al caso de una construcción, edificación u obra “no urbanizable”. La SAP de Palencia de 13/10/98, considera que también en este caso se excluye la responsabilidad penal, pero existe un sector doctrinal, cuya posición comparto, el cual entiende que el delito se consuma, cuando la construcción del edificio concluyó y en dicho caso, esta conducta no puede resultar atípica, como indica la SAP de Granada de 12/01/02.

En la Propuesta del Grupo de Política Criminal de 2008, se considera que estos dos casos que han sido debatidos por la jurisprudencia y por la doctrina, habrán de ser enjuiciados, ponderados y justificados de manera particular conforme a las reglas del postulado de retroactividad de la ley más favorable y de acuerdo a los cambios de la normativa administrativa que complementa a la penal, teniendo en cuenta la posibilidad de admitir semejante “nueva ley penal” como excepción en los casos concretos que han de ser a su vez correctamente fundamentados.

ocurre con el artículo 319.2 del Código Penal., por lo cual, se deberían hacer extensivas a éste, las consideraciones que entonces formulamos<sup>692</sup>, al igual que las relativas a la persona jurídica como sujeto activo.

Por último debemos indicar que, tanto para el tipo básico, como para el tipo cualificado, operan, como veremos más adelante, las reglas generales del concurso ideal de delitos con la infracción de comisión de falsedades, en aquellos supuestos en que el agente haya obtenido la preceptiva autorización o licencia, falseando o presentando documento falsos. Dicha solución concursal puede aplicarse, aunque ahora en relación al delito de desobediencia, si habiendo sido requerido el sujeto activo para paralizar la obra, desobedeciera las órdenes o resoluciones adoptadas por la autoridad competente, concernientes a la inviolabilidad legal del proyecto o a la paralización de las actividades que le correspondan<sup>693</sup>.

---

<sup>692</sup> En la doctrina, esta solución encuentra el apoyo de la mayor parte de los autores que se han pronunciado sobre dicha materia. BARRIENTOS PACHO, J. M.: “Delitos relativos a la ordenación...”, op. cit., pág. 1555 y DE LA CUESTA ARZAMENDI., J. L.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio...”op. cit., pág. 316.

<sup>693</sup> CARMONA SALGADO, C.:”Delitos sobre la ordenación del territorio...”, op. cit., pág. 660.

**CAPÍTULO CUARTO: ESPECIALES FORMAS DE  
APARICIÓN DEL DELITO**

## I. DELITO CONSUMADO Y TENTATIVA.

Los delitos urbanísticos son delitos de resultado, desde el punto de vista de su estructura típica, lo que no significa que en atención a la afección al bien jurídico protegido, se trate de delitos de consumación instantánea. Por el contrario, y atendiendo a las conductas típicas, se entiende que la consumación se produce tras una acción continuada de urbanizar, construir o edificar, que se sostiene en el tiempo perdurando así la afección al bien jurídico protegido de forma permanente.

El artículo 14 del Real Decreto Legislativo que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo establece a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, un momento en el que comienzan y acaban las obras<sup>694</sup>. Las entiende terminadas “cuando concluyan las obras urbanizadoras de conformidad con los instrumentos que las legitiman, habiéndose cumplido los deberes y levantado las cargas correspondientes. La terminación se presumirá a la recepción de las obras por la Administración, o en su defecto, al término del plazo en que debiera haberse producido la recepción desde su solicitud acompañada de certificación expedida por la dirección técnica de las obras”. Estas disposiciones concretan el momento del inicio desde un punto de vista material, como la realización material de las obras y el momento de terminación, atendiendo a un requisito de carácter normativo que sólo a efectos ilustrativos puede trasladarse al ámbito penal, en la medida en que, si bien se dan por iniciadas las obras, y con ello se da por iniciada la consumación con la construcción, cuando se llevan a cabo las acciones allí señaladas, difícilmente se dan por concluidas con requisito formal alguno, ya que se trata de “obras ilegales”.

Anteriormente, en el Proyecto de Ley Orgánica de 1992 se castigaba “cuando se llevare a cabo una construcción no autorizada...”. Dicha forma circunstancial de descripción de la conducta típica, hace entender que el delito se consumaba cuando se empezaba a llevar a cabo una construcción y seguía consumándose hasta el momento en que se finalizaba la misma. Así es como se entendían, en principio, las

---

<sup>694</sup> “se entienden iniciadas en el momento en que, una vez aprobados y eficaces todos los instrumentos de ordenación y ejecución que requiera la legislación sobre la ordenación territorial y urbanística para legitimar las obras de urbanización, empiece la ejecución material de éstas. La iniciación se presumirá cuando exista acta administrativa o notarial que de fe del comienzo de las obras”.

obras típicas del artículo 319 del Código Penal, de donde se deduce que se consideraban delitos que se consumaban desde que se comenzaba la realización de la construcción no autorizada hasta que se concluía<sup>695</sup>.

Los delitos de construcción, edificación y urbanización no autorizable, en la nueva redacción del artículo 319 tras la reforma, se consideran, sin embargo, de naturaleza continuada, es decir, se empiezan y terminan de consumir desde que el autor inicia los actos materiales de construcción hasta que los finaliza. Por lo tanto, adelantar el momento consumativo como lo hacen los autores que afirman que los delitos de resultado son de consumación instantánea<sup>696</sup> supondría privilegiar al autor que puede ver el delito prescrito antes incluso de que la construcción se acabe, sobre todo si tenemos en cuenta el tiempo que dura la acción de construir. Si retrasamos este momento de la construcción a aquél en que se concluyen las obras, ello supondría considerar mera tentativa actos que suponen ya la lesión del bien jurídico y no la mera puesta en peligro del mismo.

La doctrina italiana, como antes avanzamos, insiste en señalar el carácter permanente de los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, puesto que la situación de daño o peligro del bien jurídico protegido, se prolonga en el tiempo hasta que la conducta delictiva cesa o finaliza la obra<sup>697</sup>.

Según el artículo 210 de la LOUA “el plazo de prescripción de las infracciones urbanísticas comenzará a computarse desde el día en que la infracción se haya cometido, o en su caso, desde aquél en que hubiera podido incoarse el procedimiento. A este último efecto, se entenderá posible la incoación del

---

<sup>695</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo...Op. cit., pág. 255.

<sup>696</sup> QUINTERO OLIVARES, G.: Parte General del Derecho penal (con la colaboración de MORALES PRATS, F.), op. cit., pág. 610.

<sup>697</sup> BRESCIANO, M.: I reati edilizi ed urbanistizi, ed. Giuffrè, Milán, 1993, pág. 142; SEBASTI, R., Il controllo dell'attività edilizia, prevenzione, repressione e recupero dell'abusivismo, ed. delle Autonomie, Roma, 1982, pág. 189. En sentido contrario, REZZONICO (I reati edilizie II regime penale degli illeciti urbanistico-edilizi e ambientali. Rassegna di giurisprudenza e prontuario normativo, ed. UTED, Milán, 1992, págs. 40-41 entiende que los delitos edilicios son delitos instantáneos, ya que considera que “en la construcción de una casa, las excavaciones, el levantamiento de los pilares, el techo..., no son parte del mismo resultado, sino que constituyen tantos resultados distintos.

procedimiento sancionador desde el momento de la aparición de signos externos que permitan conocer los hechos constitutivos de la infracción, y nunca antes de la completa terminación de los actos”.

La Sentencia del Tribunal Supremo 362/1992, de 22 de febrero (RJ/1992/1309) señala que “estamos en presencia de una infracción urbanística continuada puesto que con la realización de las obras la propietaria del piso está utilizando continuamente un desván al que accede mediante una escalera de madera por el techo del ático que ocupa, cuya construcción tan solo fue autorizada por las exigencias técnicas y como no habitable, tal como prescriben los artículos 239 y 251...; por ello, el plazo de prescripción no empezará a contarse sino desde que cese el uso de habitabilidad del citado desván por la recurrente, cuyo momento no ha acaecido...”. No obstante, en el supuesto en cuestión el juzgador equivoca la consumación material de la infracción (la conclusión de los trabajos de la construcción del ático), con el agotamiento de la infracción (el uso posterior que la propietaria realiza del mismo)<sup>698</sup>.

El delito urbanístico analizado se consuma cuando el autor empieza a llevar a cabo la obra no autorizable en los suelos allí señalados, terminando de hacerlo, como infracción continuada o permanente, cuando se realicen los últimos “retoques” o actos incluibles dentro del concepto de construcción, edificación o urbanización que, en casos dudosos, deberá ser delimitado jurisprudencialmente atendiendo a los medios probatorios<sup>699</sup>. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete 106/2010, de 19 de julio (JUR/2010/296091) establece que “independientemente de que la casa esté o no acabada completamente, supone un ataque consumado al bien jurídico protegido, pues produce por ejemplo un impacto visual equivalente al de un edificio terminado. Además, el concepto “construcción” sirve tanto para una vivienda acabada como para una como la que es objeto de los autos, en la que solo faltan elementos de detalle, pues la obra de fábrica, lo que determina el volumen edificado, está terminada”.

---

<sup>698</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J., HORMAZÁBAL MALAREE, H., Lecciones de Derecho penal. Parte general, ed. Trotta, Madrid, 2006, pág. 383.

En los delitos de construcción, edificación y urbanización no autorizables, si consideramos que empiezan a consumarse desde el momento en que se realizan los primeros actos de construcción, edificación y urbanización, la posibilidad de apreciar formas imperfectas de ejecución habrá de referirse a un momento anterior a la realización de dichos actos de construcción, edificación y urbanización, que supongan ya el inicio de la ejecución.

Se podría considerar tentativa en los delitos urbanísticos, la presentación de datos falsos o el ocultamiento de los mismos a la autoridad administrativa competente en la concesión de la autorización, con la finalidad de obtener la licencia para construir o edificar<sup>700</sup>.

La anterior afirmación se avala por el verbo típico “llevar a cabo”, dentro de éste, no solamente se incluye la acción material de construir, urbanizar o edificar, que constituirían el inicio de la consumación, sino que desde que se presentan estos datos distorsionantes de la realidad, se comienza a ejecutar por actos exteriores el plan preconcebido del autor, que falsea u oculta datos con la finalidad de obtener autorización, para posteriormente y amparándose en la misma, proceder a la ejecución material de su contenido. Mediante la presentación de dichos datos no se produce ya la lesión al bien jurídico protegido, aunque supone *ex ante* la puesta en peligro del mismo, que conlleva todo delito intentado.

El delito se consuma, según PAREDES CASTAÑÓN, cuando la construcción ha concluido, o dicho de otra manera, cuando ha finalizado aquella parte de la construcción que afecta a la ordenación del territorio. Por ello, se plantean algunos problemas de imputación objetiva del resultado cuando la construcción realizada se desvía notoriamente, mediante la intervención de otros factores, ya sean fenómenos naturales, alteraciones de la realidad institucional, sucesión o concurrencia de empresas en la realización de obras...de la previsión a partir de la naturaleza del proyecto o de su propia naturaleza o así mismo de la empresa, entonces, en esa

---

<sup>699</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo...op. cit., págs. 256 y 257.

<sup>700</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo...op. cit., pág. 258. En sentido contrario, BOLDOVA PASAMAR, M.A., Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 272.

posición se admitirá que pueda concurrir la tentativa<sup>701</sup>. En realidad, esta concepción del resultado parece inadmisibile, ya que la afectación de la construcción a la ordenación del territorio se produce desde el momento en que adquiere dicha construcción carácter de permanencia, que en la mayoría de los casos tiene lugar desde un principio, como ejemplo, desde que se fijan los cimientos o solera de hormigón con la finalidad de levantar un edificio, instalación, o bien la proyección de una construcción. Así, desaparecen de este modo los problemas de imputación objetiva de resultado, no se puede concebir de forma fáctica una desviación respecto a lo que de manera inicial se ha construido, sin embargo sí de lo que ya se ha concluido.

En realidad, la concepción del resultado, puede tener o no tener forma completa, como tipo del injusto de este delito, tampoco del otro tipo de delitos urbanísticos, pero a su vez sí del valor del resultado del mismo, el cual constituye la imagen externa o en todo caso representa la lesión del bien jurídico (la construcción del bien jurídico, el cumplimiento o posible cumplimiento de la función social del suelo), ese factor afecta a una magnitud graduable, y así mismo impide el cumplimiento de una función social del suelo, solamente el resultado material consolida y hace perpetuos dichos efectos.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, el primer resultado externo de la acción de construir no es independiente de la acción. Es por ello que no constituye resultado típico del delito, por lo tanto éste ya queda consumado con las primeras acciones de naturaleza constructiva según la configuración típica que ha efectuado el propio legislador.

Entre dicha acción y el resultado es imposible que surjan problemas de causalidad ni imputación objetiva, ya que el resultado se produce de forma simultánea con la actividad, no es un elemento independiente del tipo, es por ello que

---

<sup>701</sup> Vid. PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: Delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit., pág. 539 y ss. Por el contrario, partiendo también de que es defendible concebir el delito urbanístico como delito de resultado, pero designándolo de todo problema de causalidad o de imputación objetiva, DE LA MATA BARRANCO, N. J.: "La construcción de tipos específicos de la participación en un hecho ajeno: el ejemplo de las denominadas prevaricaciones especiales", en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (Coordinadores)*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 1247.

no es preciso verificar la dimensión externa mínima del resultado. Desde esta perspectiva, la continua ampliación de la construcción es separable de la acción, puesto que el delito ya se encuentra consumado, no desempeña una función independiente como resultado típico constitutivo del delito, sino como elemento para la graduación de la magnitud del injusto, al margen de la fundamentación del tipo<sup>702</sup>.

Un problema particular es el relativo al tratamiento de las parcelaciones ilegales<sup>703</sup>. En efecto, en el ámbito urbanístico, la parcelación ilegal es una conducta que tiene mayor gravedad<sup>704</sup>. El artículo 66 de la LOUA prohíbe “en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable, la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes que, con independencia de lo establecido en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza, pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos”. Dicha definición se condiciona mediante el catálogo de infracciones contenido en el artículo 207. 3 LOUA, en que se considera, en todo caso, infracción grave, la parcelación urbanística en el suelo no urbanizable, sobre el que, sin embargo, se permiten realizar una serie de construcciones o edificaciones aisladas, que no conllevan riesgo de generar un núcleo de población, objetivo pretendido con la clasificación del suelo no urbanizable ordinario. Administrativamente se castiga el “riesgo” de formación del núcleo de población subsiguiente a la parcelación ilegal: cuando se parcela con fines urbanísticos se hace con la finalidad de, en una segunda fase, proceder a la realización de construcciones o edificaciones en cuyo interior se sitúe el núcleo de población. En otras palabras, si se parcela con fines urbanísticos, parece evidente que esos fines serán los de construir o edificar, o sea las conductas típicas del artículo 319 del Código Penal; si la parcelación es ilegal, además lo serán las construcciones o edificaciones que sobre los lotes o parcelas se realicen fruto de la misma<sup>705</sup>.

---

<sup>702</sup> BOLDOVA PASAMAR, M .A: Los delitos urbanísticos, op. cit., págs.120 y 121.

<sup>703</sup> QUINTERO OLIVARES, G.: “Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 370.

<sup>704</sup> En este sentido, el artículo 13. 2 del Real Decreto del Texto Refundido de la Ley de Suelo establece lo siguiente “están prohibidas las parcelaciones urbanísticas de los terrenos en el suelo rural, salvo los que hayan sido incluidos en el ámbito de una actuación de urbanización en la forma que determine la legislación de la ordenación territorial y urbanística”.

<sup>705</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo...op. cit., pág. 258.

La Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 castigaba las parcelaciones ilegales, su inclusión fue fruto de las críticas doctrinales que se hicieron al Proyecto de Código Penal de 1980 en el que no se hacía referencia a esta figura<sup>706</sup>. De esta manera, el artículo 308 disponía que “se impondrán las mismas penas establecidas en el artículo anterior, en sus respectivos casos, a los empresarios, promotores, técnicos o directores que, contraviniendo gravemente las normas urbanísticas vigentes, realizaren parcelaciones...”. En la redacción del Código Penal de 1995 no se alude para nada a este tema de las parcelaciones ilegales, a pesar de constituir una grave infracción urbanística.

A pesar del silencio de la ley penal en ese punto, y antes de la reforma operada en la LO 5/2010, se puede entender constitutiva de tentativa del delito urbanístico la parcelación urbanística, cuando el parcelador fuera, además, el promotor, técnico director o constructor de las construcciones o edificaciones que se proyectaran construir sobre los lotes o parcelas resultantes. Si no concurría en éste ambas condiciones, la de parcelador con la de promotor, constructor o técnico director de las construcciones en los lotes resultantes, y no existía acuerdo previo alguno con los sujetos activos de la construcción o edificación posterior del artículo 319 del Código Penal, la conducta del parcelador no sería típica en virtud del principio de accesoriadad de la participación en el hecho principal ajeno<sup>707</sup>. Si a ello se unen las limitaciones dogmáticas para castigar al parcelador cuando en él no concurre la doble condición de parcelador y futuro constructor, promotor o técnico director de la construcción o edificación y no exista acuerdo previo entre ellos, con mayor facilidad se observará la necesidad de la tipificación expresa de las parcelaciones ilegales<sup>708</sup>.

La LO 5/2010, modificó las conductas típicas dentro del artículo 319, incluyendo de manera expresa junto a las construcciones o edificaciones, las “obras de urbanización”. A priori se puede pensar en este sentido que si la parcelación

---

<sup>706</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Protección penal de la ordenación del territorio y del medio ambiente”, op. cit., pág. 905.

<sup>707</sup> QUINTERO OLIVARES, G.: Parte General del Derecho Penal (con la colaboración MORALES PRATS, F) op. cit., pág. 631.

<sup>708</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo...op. cit., pág. 260. En contra BOLVOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos,

urbanística se consideraba antes como tentativa inacabada del delito de construcción no autorizada o de edificación no autorizable, la cuestión pasa ahora por analizar si las parcelaciones pueden ser consideradas como “obras de urbanización”, con lo cual se trataría no de un inicio de ejecución de la conducta de edificar o construir, sino de consumación de las obras de urbanización<sup>709</sup>.

La parcelación ilegal sobre el papel no entra dentro del concepto de obras de urbanización, pero todavía queda la vía abierta para entender que sí entra dentro del concepto de “obras de urbanización” la parcelación material del terreno en lotes<sup>710</sup>.

Ante el silencio de la ley penal, hay que comprobar con el tiempo cómo interpreta este elemento la jurisprudencia. En caso de entender que llevar a cabo una parcelación ilegal no se trata de una obra de urbanización, la conducta que administrativamente es considerada más grave (la parcelación) ha de ser entendida a efectos penales como mera tentativa de llevar a cabo posteriormente construcciones, edificaciones y obras de urbanización si es la misma persona la que lleva a cabo la parcelación y la que pretende llevar a cabo obras posteriores de urbanización, construcciones o edificaciones.

Las parcelaciones urbanísticas entrarían dentro del concepto de obras de urbanización, teniendo en cuenta el punto de vista jurisprudencial del Tribunal Supremo<sup>711</sup>.

El artículo 320 del Código Penal castiga al funcionario público o autoridad que informe, vote o resuelva favorablemente “instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación”.

---

op. cit., pág. 272. LLOBET ANGLI: “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit., pág. 353.

<sup>709</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo...op. cit., pág. 261.

<sup>710</sup> Sobre la distinción entre la parcelación ilegal y la parcelación ilegal “negocial”, vid. AMAOLO, A.: “Diritto penale dell’edilizia e dell’urbanistica: il reato della lottizzazione abusiva, di cui agli artt. 44 del D. P. R. 6 giugno 2001, n. 380, pág. 2.

<sup>711</sup> STS 1182/2006, de 29 de noviembre (RJ 2007/250). Se trataría de una obra llevada a cabo por el hombre que incide en la realidad geográfica, modificándola. Sin embargo, la jurisprudencia, basándose no ya sólo en la interpretación de dicho término, sino haciendo una interpretación conjunta de las reformas operadas en el artículo 319 del Código Penal y en el artículo 320, entiende lo contrario.

Se está afirmando que los proyectos de urbanización, que son los que anteceden a las obras de urbanización, son diferentes de los proyectos de parcelación y reparcelación. Si, por tanto, en el ámbito del funcionario que informa, vota o resuelve a favor, se entiende que se trata de proyectos diferentes, de esta manera, podría interpretarse que las reparcelaciones y parcelaciones, no entran dentro del concepto de obras de urbanización. De ser de esta manera, habrá que recurrir a la tentativa del delito con la finalidad de castigarlas, ya que por mucho que se pueda discutir, en atención a la ley, si una parcelación es o no una obra de urbanización, sin lugar a dudas, entran dentro de la fase ejecutiva de las propias obras de urbanización, aunque también de las construcciones y edificaciones que se lleven a cabo sobre las mismas en un momento posterior<sup>712</sup>.

## II. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

En primer lugar, debemos recordar que existen distintos tipos de autoría: autoría única, coautoría y autoría mediata, inducción y además, la participación necesaria. Los regímenes más comunes para la comisión de este delito, como GÓRRIZ ROYO considera, serán la autoría única inmediata y la participación.<sup>713</sup>

La comisión de estos delitos se admite, en primer lugar, en régimen de autoría. Según VEGA RUIZ, intervendrán como sujetos activos del delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, los promotores, constructores o técnicos directores, y cualquiera de ellos podrá actuar de manera independiente sin la intervención del otro<sup>714</sup>. Podrá existir la coejecución cuando el sujeto que realiza el delito sea distinto a la persona del promotor, “difícilmente podrá llevar a cabo la

---

<sup>712</sup> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, 350/2008, de 31 de octubre (JUR/2009/202906) falta la atención al principio de ofensividad en los hechos. En la SAP de Sevilla 518/2007, de 15 de noviembre (ARP/2008/13) que también se refiere a las parcelaciones ilegales, concretamente a una que no fue inscrita en el catastro. En la SAP de Jaén 233/2008, de 9 de octubre (JUR/2009/52401), se produce una parcelación ilegal previa a los delitos sobre la ordenación del territorio del que resultan condenadas distintas personas que llevan a cabo construcciones y edificaciones sobre los lotes resultantes.

<sup>713</sup> GÓRRIZ ROYO, E., Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1059; y ACALE SÁNCHEZ, M., en El tipo del injusto en los delitos de mera actividad, Comares, 2001, Granada., pág. 276.

<sup>714</sup> DE VEGA RUIZ, J. A.: Delitos contra el Medio Ambiente, Ordenación del Territorio..., op. cit., pág. 119.

construcción o la edificación del artículo 319 del Código Penal, sin la concurrencia del otro ni la del técnico director”<sup>715</sup>.

Hay que tener en cuenta que puede darse el caso en que coincide en la misma persona la condición de constructor y promotor, interviniendo además un técnico director; en este caso, ambos sujetos son coautores del delito previsto en el artículo 319 del Código Penal.

En el caso en el que, además, un técnico director sea promotor-constructor de la obra se puede apreciar el régimen de la autoría única inmediata. Y si se diera el caso de que un mismo sujeto activo reuniese las tres cualidades previstas en este artículo 319.1 del Código Penal y siendo a la vez él mismo director facultativo de la obra, cometerá un solo delito y no tantos como las funciones que lleve a cabo; dicha distinción resulta evidente<sup>716</sup>.

La condición de autor se determina en el artículo 28, párrafo primero, donde se recogen los casos de autoría única inmediata y coautoría, así como la autoría mediata, considerándose, asimismo, autores en los apartados a) y b), respectivamente, los inductores y los cooperadores necesarios. Debemos analizar todos estos supuestos, para concretar la responsabilidad atribuible a cada uno de los sujetos activos que han cometido el delito previsto en el artículo 319.

Por otra parte, cuando intervienen promotores, directores y técnicos directores en un acuerdo de voluntades previo a la ejecución material de los hechos del artículo 319, y entre ellos se produce una relación horizontal, se puede exigir a todos la responsabilidad como coautores, en un principio. La coejecución material va, en estos casos precedida, por el acuerdo de voluntades o presupuesto subjetivo, éste trata de un proyecto concreto del que ambos coautores conocen sus directrices generales y cuya actuación consiste en la división del trabajo o acumulación de esfuerzos entre los coautores. Aunque dicho delito no se lleve a cabo, puede ser

---

<sup>715</sup> Cfr. GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1160; y GARCÍA PLANAS, G., en El delito urbanístico...op. cit., pág. 75.

castigado como una conspiración. Para los delitos concretos del artículo 319 del Código Penal no se ha previsto el castigo de los actos preparatorios previstos en los artículos 17.3 y 18.2 del Código Penal, adoptándose un sistema de *numerus clausus*<sup>717</sup> es por esto que el mero acuerdo entre sujetos activos del delito resultaría impune.

El presupuesto objetivo, en un segundo lugar, es la coejecución del hecho, para lo que se requiere que la realización sea conjunta desde el punto de vista normativo. Dicha realización conjunta del hecho normativo no es equivalente a la cercanía espacial ni simultaneidad temporal<sup>718</sup>, es la contribución ejecutiva al hecho común que puede tener lugar en momentos temporales distintos o a distancia<sup>719</sup>. Para ser considerado coautor es imprescindible la realización de hechos típicos, ya sean totales o parciales, que pueden dar lugar a un todo, lo que fundamenta el hecho típico, es decir, como argumenta RUIZ ANTÓN, no se trata de la conducta de cada uno de ellos que cobra relieve, sino la del colectivo que interviene como tal en el proceso ejecutivo<sup>720</sup>.

Hemos de referirnos brevemente al supuesto de las “autoconstrucciones”, en el que los particulares serán a su vez constructores y promotores, que prescinden de la dirección facultativa de obras, por lo que solo el “autoconstructor”, podrá ser autor inmediato como se refiere en el artículo 28 del Código Penal. Pero a la vez, cabe la posibilidad de que dicho particular concierte con un técnico director las funciones de los apartados 1º y 2º del artículo 319 del Código Penal, si éste no fuese un profesional, en cuyo caso, independientemente de que pudiese incurrir en un delito de intrusismo profesional, o por la falta del artículo 637 del Código Penal, podría responder a título de partícipe en el delito del artículo 319.

---

<sup>716</sup> En este sentido, cfr. GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1161 y CATALÁN SENDER, J., en Los delitos cometidos por autoridades o funcionarios públicos..., op. cit., pág. 464.

<sup>717</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I...op. cit., pág. 104.

<sup>718</sup> GUTIERREZ RODRIGUEZ, M.: La responsabilidad penal del coautor...op. cit., págs. 334-336.

<sup>719</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1062.

<sup>720</sup> RUIZ ANTÓN, L.F.: El agente provocador en el Derecho Penal, Madrid, 1982, pág. 173.

Además, puede darse el caso de que se lleven a cabo las obras de urbanización, construcciones y edificaciones del artículo 319, al amparo de una licencia urbanística ilegal por ser nula de pleno derecho y por lo tanto inexistente para el ordenamiento jurídico; dicha licencia se obtendría a través de la comisión de otros delitos como falsedades, cohecho.... Ante esta situación, podemos diferenciar dos casos: el primero se refiere al hecho de que exista un acuerdo de voluntades entre el promotor, que es la persona que solicita la licencia, y el constructor que debería responder también como coautor, aunque su contribución ejecutiva al hecho común tiene lugar en un momento espacio-temporal diferente al de los demás coautores. En este caso, se ha producido la división de trabajo o acumulación de esfuerzos que fundamenta la punición de todos los que intervienen en dicho proceso.

Por otra parte, si el constructor no ha intervenido en el mismo acuerdo que el promotor y el técnico director, no responderá en este caso como autor ni podrá exigírsele responsabilidad penal.

No cabría la comisión por omisión a que hace referencia el artículo 11 del Código Penal en estos delitos; según ACALE SÁNCHEZ no se puede equiparar “llevar a cabo” con una omisión, “según el sentido de la ley”<sup>721</sup>. Podríamos decir, y como ejemplo, que, pese a no haber intervenido en un acuerdo previo, a los promotores y técnicos directores se les puede exigir responsabilidad penal, ya que incumplen las obligaciones a las que se encuentran ligados jurídicamente, contribuyendo a la realización del delito como cooperadores necesarios del artículo 28.2 del Código Penal. Sólo el constructor que realizó excesos por no acatar las órdenes del técnico director obligado por el promotor, quedaría exento de responsabilidad penal si demuestra estos hechos.

En estos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, puede existir una autoría mediata, produciéndose en casos muy específicos<sup>722</sup>. En la autoría mediata del artículo 28.1, el mediador es un instrumento ejecutivo para la comisión

---

<sup>721</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., en “Delitos urbanísticos”...op. cit., pág. 296.

<sup>722</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1066.

del tipo<sup>723</sup>. El autor puede realizar el tipo a través de otra persona que sirve como instrumento, se puede utilizar bien a un incapaz o a una persona sobre la cual se emplea violencia, engaño o amenaza que crea el error<sup>724</sup>. La instrumentalización caracteriza al autor mediato, distinguiéndolo del partícipe que sería el autor inmediato.

Debemos referirnos, pues, a la autoría mediata en relación con los delitos del artículo 319. Estaríamos en el supuesto de que el promotor, constructor o el técnico director de obra lleguen a un acuerdo de voluntades para cometer alguno de los delitos previstos en este artículo, no llegando a ejecutar ninguno de ellos las construcciones o edificaciones, ni siquiera el constructor en nombre de todos los demás sujetos de la construcción, sirviéndose de obreros u operarios para ejecutarla; en este caso, estaremos ante una autoría mediata<sup>725</sup>. E incluso, en este caso concreto, podría hablarse de coautoría inmediata, ya que los autores mediatos instrumentalizan a terceros para cometer el delito del artículo 319<sup>726</sup>. Al no estar obligados los obreros a conocer si se trata de una urbanización, construcción o edificación no autorizable, ni a poseer conocimientos sobre el suelo sobre el que se construye o edifica, pueden ser calificados como autores inmediatos no dolosos. GÓRRIZ ROYO indica que al ser dichos sujetos instrumentalizados, su actuación se desarrollaría sobre la base de la ignorancia del error, opinión que comparto, se trataría así de un error invencible del artículo 14.1, por lo cual entiendo que cabría excluir su responsabilidad penal<sup>727</sup>.

En cambio, si los obreros hubieran tenido conocimiento del acuerdo de voluntades de los sujetos activos, decidiendo de manera dolosa realizar construcciones o edificaciones que dan lugar a estos delitos, no se daría ya el caso de la autoría mediata; podríamos entonces calificar en dicho caso de autores principales

---

<sup>723</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO. E.: “La autoría conforme al Derecho Penal”, op. cit., pág. 587.

<sup>724</sup> VIVES ANTÓN., T. R.: “Comentarios a los artículos 27, 28 y 29 del Código Penal”, en Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I, op. cit., págs. 282 y 283.

<sup>725</sup> GÓRRIZ ROYO, E., Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1067. Y en este sentido, BARRIENTOS PACHO, J.M.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 1558.

<sup>726</sup> GUTIÉRREZ RODRIGUEZ, M.: La responsabilidad penal del coautor...op. cit., pág. 443.

<sup>727</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1068.

a los sujetos activos del delito y como partícipe al “hombre que actúa detrás”<sup>728</sup>. Difícilmente la responsabilidad penal de estos autores puede quedar excluida por las causas de justificación, aunque se podría intentar amparar su conducta en un estado de necesidad, en algún caso como podría ser la pérdida de trabajo, apelando a un mal concreto, si bien la justificación podría presentar alguna dificultad probatoria.

En cuanto a las formas de participación en el delito, si se trata de un delito común, como pensamos, y también opina GÓRRIZ ROYO, se admitiría la autoría<sup>729</sup> respecto al constructor y al promotor, cuando los delitos se cometan por los sujetos activos, siendo posibles todas las formas de participación.

Cuando interviene el técnico director se considera un delito especial propio, respecto a los delitos del artículo 319, y por lo tanto cuando los sujetos sean los autores, cabe admitir la participación del *extraneus* que coadyuve en la tarea de dirección facultativa de los sujetos. El arquitecto superior será el encargado de la realización del proyecto y quien ejerza la dirección técnica de la obra; además, podrán intervenir los ingenieros y dicha ejecución se llevará a cabo por aparejador o arquitecto técnico. El técnico director ejerce la dirección pero, de ordinario, esta tarea se encomienda al arquitecto superior que será considerado autor único y el resto de colaboradores técnicos serán considerados, a lo sumo, cooperadores necesarios del artículo 28 b) y más frecuentemente como cómplices del artículo 29 del Código Penal<sup>730</sup>.

El artículo 319 del Código Penal manifiesta las dificultades existentes entre la coautoría y la cooperación, sobre todo si se trata de cooperación necesaria. El coautor será el que interviene en el proceso ejecutivo del delito y quien realiza una conducta

---

<sup>728</sup> COBO DEL ROSAL, M., /VIVES ANTÓN, T. S.: Derecho Penal. Parte General., op. cit., págs. 749 y 750; HERNANDEZ PLASENCIA, J. U.: La autoría mediata, op. cit., pág. 60; y BOLEA BARDÓN, C., en Autoría mediata...op. cit., págs. 168, 169 y 171.

<sup>729</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1068.

<sup>730</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1069; y PAREDES CASTAÑÓN, J. M, en “Los delitos sobre la ordenación del territorio...”, op. cit., pág. 17.

del injusto típico, sin embargo el cooperador necesario ejerce una conducta que mediatamente fundamenta el injusto típico<sup>731</sup>.

En relación a la distinción, en el caso de este delito del 319, entre cooperador necesario del artículo 28 b) y el cooperador no necesario o cómplice del artículo 29, ambas figuras son muy similares, ya que ninguno de éstos realiza actos típicos, sino que colaboran con el autor, por ello, ante estas similitudes hay que atender a la comisión del delito<sup>732</sup>; si el autor del delito lo hubiera efectuado sin la colaboración de otro sujeto, éste sería un mero cómplice y si ello no fuera posible se trataría de una cooperación necesaria. El cómplice solamente favorece la comisión del delito, mientras que el cooperador necesario lo posibilita porque su contribución a la acción delictiva resulta esencial<sup>733</sup>. El cooperador necesario y el cómplice pueden tener conocimiento del plan de los autores, sin que ello los convierta en coautores<sup>734</sup>.

Además, teniendo en cuenta estos planteamientos teóricos, incluimos como cooperadores necesarios en los delitos del artículo 319, a los particulares que intervienen con los sujetos activos en su acuerdo de voluntades, que realizan actuaciones anteriores y esenciales para la realización material del delito, es decir, sin los cuales dicho delito no se hubiera cometido, como por ejemplo, la parcelación del terreno.

Los particulares que coadyuven a la realización de edificaciones o construcciones previstas en el artículo 319, se podrán incluir como cooperadores necesarios, si intervienen en acuerdo de voluntades con los sujetos activos promotores, constructores y técnicos directores. Los cooperadores no necesarios del artículo 29 serán los que coadyuven en estos delitos, mediante la ejecución material de las obras, como podría ser el suministro de materiales de la construcción<sup>735</sup>, es decir, vigilando el desarrollo de las obras y avisando, por ejemplo, en caso de que vengan los constructores, siempre que éstos conozcan previamente el acuerdo de

---

<sup>731</sup> RUIZ ANTÓN, L. F., en *El agente provocador...* op. cit., pág. 175 y GUTIÉRREZ RODRIGUEZ, M.: *La responsabilidad penal del coautor...* op. cit., pág. 443.

<sup>732</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, M. C.: *La complicidad en el delito...* op. cit., págs. 437 y 438.

<sup>733</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: *La responsabilidad penal del coautor...* op. cit., pág. 412.

<sup>734</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: *La responsabilidad penal del coautor...* op. cit., pág. 410.  
GÓRRIZ ROYO, E.: *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto*, op. cit., pág. 1070.

voluntades de los sujetos activos<sup>736</sup>. Entre los cooperadores necesarios se puede incluir un supuesto en el que el particular interesado en la futura adquisición de viviendas, obtiene mediante maniobras fraudulentas una autorización que posteriormente entrega al constructor o promotor, que conocen la ilegalidad de la vivienda.

En el caso en que el particular se mueva por el interés de adquirir una vivienda, planeando su construcción y ofreciendo dinero al promotor y al constructor, fomentando de esta manera los delitos previstos en el artículo 319, se le podrá imputar como inductor del hecho delictivo a dicho particular<sup>737</sup>.

En los supuestos de “tolerancia” por parte de la Administración urbanística, GÓRRIZ ROYO, considera más conveniente sancionar la conducta del funcionario público por la vía de la cooperación necesaria del artículo 28.b), en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto del artículo 319, ya que según la autora, resulta imposible reconducir la conducta de “tolerancia” del funcionario público competente en materia de urbanismo, a una de las prevaricaciones urbanísticas que se han previsto en el artículo 320 del Código Penal .

La calificación de los intervinientes en el delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo nunca podrá ser una cuestión meramente teórica, ya que influye en la pena a imponer. Los cooperadores necesarios e inductores, serán considerados autores desde la perspectiva del artículo 28 a) y b) y serán castigados por lo tanto mediante los artículos 61 y 62 del Código Penal. Los cómplices del artículo 29, serán castigados, pero podrán beneficiarse de la rebaja de la pena, es decir de la regla que se ubica en el artículo 63<sup>738</sup>. De aquí, la necesidad de estar, en

---

<sup>735</sup> LÓPEZ PEREGRIN., M. C.: La complicidad en el delito...op. cit., pág. 444.

<sup>736</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1071.

<sup>737</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: “Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio”, en Las fronteras del Código Penal y Administrativo Sancionador, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997; PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: “Los delitos sobre la ordenación del territorio”, op. cit. pág. 17; y LÓPEZ PEREGRIN, M. C.: La complicidad en el delito..., op. cit., pág. 458.

<sup>738</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., págs. 1071 y 1072.

todo caso, a las circunstancias concretas de estos supuestos, para determinar la concreta forma de participación en los delitos tipificados en el artículo 319.

### III. DELITO CONTINUADO.

Antes de analizar los posibles concursos de delitos y las relaciones concursales, tenemos que referirnos al delito continuado respecto a los delitos del artículo 319. La cuestión se plantea, en parte, por la referencia típica que se hace respecto a los mismos, dado que junto a la construcción y la edificación, también las urbanizaciones son típicas en relación a este artículo. Este tema resulta trascendental, puesto que la construcción simultánea de varios edificios puede constituir un grave atentado al bien jurídico-penal “ordenación del territorio y urbanismo”<sup>739</sup>.

La primera cuestión se centra en si una urbanización, como ejemplo, de casas adosadas, debe considerarse una única urbanización o varias construcciones o edificaciones. En el caso de ser varias, como pienso, podríamos plantearnos si se trata de un delito continuado o de un concurso real de delitos. Considero que en este caso se trataría de un delito continuado, que como expone GONZALEZ CUSSAC, va a consistir en la comisión por un único sujeto de multitud de infracciones, pero que, en virtud de la concurrencia de determinados requisitos, se sustrae a las reglas de las infracciones y es únicamente contemplada por el Derecho, como un único delito<sup>740</sup>.

No considero, en el sentido afirmado por GÓRRIZ ROYO o CATALÁN SENDER, que, en los supuestos de llevar a cabo una única urbanización en un solo momento y en un único lugar, y en relación a los delitos previstos en el artículo 319, deba apreciarse que existe unidad de acto, y por lo tanto debieran ser tratados como una única acción típica, es decir como una única construcción o edificación,<sup>741</sup> ya

---

<sup>739</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1185.

<sup>740</sup> GONZALEZ CUSSAC, J. L., en AA.VV.: Comentarios al Código Penal de 1995, volumen I, (Coord. VIVES ANTÓN), op. cit., pág. 420.

<sup>741</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1186; y CATALÁN SENDER, J., en Los delitos cometidos por las autoridades y funcionarios públicos..., op. cit., pág. 465.

que pienso que en este caso existe una pluralidad de delitos. Sería posible un delito continuado a tenor del artículo 74.1 del Código Penal, si el mismo sujeto activo es consciente de que actúa conforme a un único “plan preconcebido” y lleva a cabo una pluralidad de construcciones o edificaciones en distintos lugares en un plazo de tiempo no demasiado dilatado.

Los requisitos para llevar a cabo el delito continuado en el artículo 74.1, y verificarlo serán los siguientes: en primer lugar, que se hayan realizado una pluralidad de acciones u omisiones; que se haya actuado en ejecución de un plan preconcebido o que se haya aprovechado idéntica ocasión; y que se infrinja el mismo precepto penal o los preceptos de igual o distinta naturaleza. Según GÓNZALEZ CUSSAC, dichos requisitos son idénticos a los del artículo 69 Código Penal anterior al de 1995, la jurisprudencia requiere homogeneidad de la técnica comisiva empleada e “identidad en el sujeto activo”, ya que el dolo unitario requiere un mismo portador, y según este autor, tampoco ello es óbice para la posible implicación de terceros colaboradores, cuyas contribuciones singulares y limitadas quedarán fuera del ámbito de la continuidad delictiva<sup>742</sup>.

Ha de constatarse el elemento subjetivo o “dolo continuado” y el fáctico con solución de continuidad, donde como dice DE VICENTE MARTÍNEZ, es preciso además de que concurra el elemento subjetivo, el elemento fáctico consistente en una pluralidad de acciones (u omisiones), de hechos típicos diferenciados que no precisen ser singularizados ni identificados en su exacta dimensión, de manera que esta pluralidad pueda incardinarse en una unidad final. A diferencia del concurso ideal de delitos en el que la acción es única, en el delito continuado las acciones son plurales pero se valoran como un único delito<sup>743</sup>. Ello quiere decir que la construcción o edificación de múltiples chalets se puede valorar como un delito continuado<sup>744</sup>. En

---

<sup>742</sup> GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., en Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I...op. cit., págs. 422 y 423. Teniendo en cuenta la doctrina contenida en otras sentencias, la Sentencia del TS de 2 de noviembre de 2001(nº 2006/2001) establece que la continuidad delictiva se deduce al aprovechar al acusado una semejante o análoga dinámica comisiva, verificar una pluralidad de acciones u omisiones, que lesionan al bien jurídico protegido, con infracción del mismo precepto penal, en un aproximado entorno espacio-temporal (F J 2º).

<sup>743</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “El delito continuado. Especial referencia al tratamiento penológico en las infracciones contra el patrimonio continuadas”, en El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Valle Muñiz, Navarra, 2001, pág. 188.

<sup>744</sup> De la misma opinión, GARCÍA PLANAS, G, en El delito urbanístico...op. cit., pág. 81.

este caso la conexión espacial sería un requisito secundario, en el que no se requiere de manera expresa el artículo 74.1, y el hecho de que sean invadidos los espacios o lugares del artículo 319.1, no afectaría entonces a la consideración de éste como un delito continuado. Según CASTIÑEIRA PALOU, ese requisito de conexión espacial es innecesario, ya que “los problemas que en algunos casos pueda plantear el hecho de que las acciones se hayan realizado en lugares diferentes, son de carácter procesal y como consecuencia ajenos a la figura del delito continuado”<sup>745</sup>. Sin embargo, entre distintas infracciones, la conexión temporal es un requisito que ha sido exigido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Como pone de manifiesto CANTARERO BANDRÉS, el lapso de tiempo entre un acto y otro, pone de manifiesto el desarrollo de la continuación que tiene como misión aportar un material indiciario a efectos de prueba<sup>746</sup>. No podrá producirse un distanciamiento temporal que impida apreciar que el sujeto activo ejecuta el mismo plan preconcebido. En el caso en que se produjese entre la realización de construcciones o edificaciones un lapso de tiempo, es decir, varios años, lo que impediría probar el dolo continuado, sería entonces más adecuado apreciar un concurso de delitos en lugar de un delito continuado.

Los delitos del artículo 319 son de carácter permanente, de manera que para apreciar la conexión temporal, se debe apreciar el periodo de tiempo programado en el concreto proyecto urbanístico. En el momento en el que se comenzarán a ejecutar las obras se da por consumado el delito, aunque se pueden diferenciar distintos supuestos.

Un primer supuesto sería el de una empresa constructora-promotora que programa la realización de chalets en suelo no urbanizable, inadecuado para el desarrollo urbano protegido, por la existencia de “riquezas naturales”, y su realización se hubiera proyectado en el plazo de dos años. En el momento de realización de las obras ya se estaría realizando el delito del artículo 319. En dicho caso, se trataría de un delito único, pero a su vez se podría apreciar un caso de delito continuado, en el caso de que dichas obras se ejecutasen a la vez o sí, después de su

---

<sup>745</sup> CASTIÑEIRA PALOU, M. T., en *El delito continuado*, Barcelona, 1977, pág. 171.

<sup>746</sup> CANTARERO BANDRÉS, R.: *Problemas penales y procesales del delito continuado*, Barcelona, 1990, págs. 71 a 81. Además de la sentencia citada por la autora, la STS de 14 de mayo de 1998 establece que no debe transcurrir un lapso excesivo de tiempo, pues la existencia de una

conclusión, se decide ampliar dicho proyecto de edificación, construyendo en un suelo colindante, que puede ser no urbanizable debido a su valor agrícola.

Si al concluir las obras previstas en el proyecto inicial, dicha empresa promotora-constructora, ante los beneficios aportados, decidiera al cabo de los años invertirlos en una nueva edificación, se trataría entonces de un concurso real de delitos en suelo no autorizable, por ejemplo, un hotel en la costa, estaríamos ante un delito del artículo 319.1. Se trataría de un nuevo proyecto urbanístico que debería ser realizado nuevamente por el mismo o distinto técnico y que requerirá un nuevo visado del Colegio de Abogados<sup>747</sup>.

Respecto a la consideración del delito urbanístico como un delito continuado, debemos indicar que, en cuanto al inicio, no se precisa el momento temporal relevante, y por ello se podría interpretar que se comprenden las actividades del sujeto dirigidas a la finalidad de construir y las de la preparación de dicha construcción, es decir, las actividades encaminadas a la realización de dicho fin como son la solicitud de licencia, la preparación del terreno..., lo cual debería descartarse por la consideración de la analogía *in malam partem*<sup>748</sup>. Construir no es solamente la realización de la estructura, sino que comprende todas aquellas operaciones necesarias para que la obra construida sirva al fin que le es propio, de tal suerte que en tanto sea necesario acometer o ejecutar obras para que la construcción pueda lograr un destino, para el que fue concebida, debe entenderse que se está construyendo<sup>749</sup>. Pero en los términos “inicio de la construcción”, la forma del verbo es ambigua y no presenta momento temporal relevante, dando lugar a entender que quedan comprendidas todas las actividades del sujeto dirigidas a construir, y, en consecuencia, también las de la preparación de la construcción, todas las actividades emprendidas a ese fin (solicitud de licencia, preparación del terreno...), lo que debe descartarse por excesivamente forzado y por considerarse, como acabamos de indicar, analogía *in malam partem*.

---

diferencia temporal debilitaría o haría desaparecer la idea del plan como elemento ineludible de esta figura.

<sup>747</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1188.

<sup>748</sup> BOLDOVA PASAMAR; M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 118.

<sup>749</sup> Vid. SAP de Alicante 21-6-2001 (ARP 2001/359).

Debido a lo anteriormente dicho, se excluye tanto una interpretación restrictiva como otra demasiado amplia, de la consumación del delito que se lleva a cabo mediante la construcción, lo cual implica la materialización exterior de la actividad constructiva que se realiza mediante la conducta activa, esto es, mediante lo que se ha construido. Por ello, se requiere algo más que una simple alteración del terreno natural<sup>750</sup>. La conducta típica consistirá en fijar al suelo de manera permanente uno o algunos elementos constructivos<sup>751</sup>.

No es posible construir sin que tenga que ver ningún elemento constructivo, por mínimo que sea, por ello en principio no hay margen para la tentativa (se exceptúa el error de tipo inverso y sus teorías: suposición errónea de que concurre un elemento del tipo)<sup>752</sup>. La función de este elemento externo no es la de construir el resultado típico del delito, que será variable si se prosigue la construcción; en caso contrario, simplemente sirve de prueba de que la construcción se lleva o se ha llevado a cabo. Los actos de construcción dan continuidad a la situación antijurídica o antiurbanística, haciendo de éste un delito *sui generis* (por ejemplo, en la elevación de alturas, colocación de un tejado o cerramiento de la fachada...), mientras la modificación del mundo exterior viene a ser concreta y progresiva, constata los actos constructivos iniciales dejando aparte las exigencias típicas para poder comprender de esta manera la consumación del delito. J. A. DOMINGUEZ y E. FARRÉ consideran que, en todo caso, cabe tentativa en el caso de que se dé el principio de ejecución de la obra no autorizable por hechos exteriorizados en el suelo que se encuentre especialmente protegido y no se pueda iniciar la construcción debido a causas independientes de su voluntad, siempre que los hechos sean idóneos para producir el resultado<sup>753</sup>. Sin embargo, para BOLDOVA PASAMAR, de esta manera no se delimitan claramente los actos preparatorios de la tentativa, esto quiere decir que no se precisa cuándo tiene lugar el principio de ejecución de dicho delito que se relaciona con la obra, sino que se debe iniciar previamente la construcción. Como

---

<sup>750</sup> GARCÍA PLANAS, G.: El delito urbanístico, op. cit., pág. 65.

<sup>751</sup> GORRIZ ROYO, E.: Protección penal de la Ordenación del territorio, op. cit., pág. 851, al considerar como construcción, la ejecución de toda obra artificial que modifique la naturaleza de un terreno, siempre que se trate de obras en las que se añadan elementos físicos permanentes.

<sup>752</sup> BOLDOVA PASAMAR; M. A.: Los delitos urbanísticos op. cit., pág. 118.

<sup>753</sup> Vid. al respecto DOMÍNGUEZ LUIS J. A/ FARRÉ DÍAZ, E.: Los delitos relativos a la ordenación del territorio, op. cit., pág. 79 y 124 y ss.

ejemplo, previamente se prepara el terreno, se valla...se trataría de actos preparatorios impunes, ya que aún no son constitutivos de una conducta punible<sup>754</sup>.

Sin embargo, para una minoría de la doctrina, con la que estoy de acuerdo, se trata de delitos de resultado que transforman el mundo exterior realizando una construcción no autorizable<sup>755</sup>. El resultado, a diferencia de lo que se puede pensar por su concepción, no viene exigido por el tipo como elemento independiente de la acción. El propio lenguaje ya de por sí demuestra la acción típica ejecutiva junto con el resultado externo, ambos se funden de forma conceptual, así se inicia la construcción, la cual continúa hasta su finalización. Estos conceptos se unen pero se pueden separar materialmente, como ejemplo, mediante un criterio cronológico y por ello se podría dar entrada a la tentativa. Dicho problema puede surgir si por el resultado del delito y, como momento de la consumación, se entendiese el fin de la construcción, o alteración de las propiedades del suelo fruto de un determinado y suficiente efecto constructivo<sup>756</sup>.

ALONSO ÁLAMO alude, en relación a la segunda opción, al momento intermedio entre el inicio de la construcción y su conclusión, concretando el momento en que la obra “pueda ser caracterizada como una construcción”<sup>757</sup> (aunque no se encuentre concluida). Dicho resultado de ser concebido de esta manera deja que desear mucho en relación a la seguridad jurídica, debido a que no resulta

---

<sup>754</sup> BOLDOVA PASAMAR; M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 119.

<sup>755</sup> VERCHER NOGUERA, A.: La delincuencia urbanística, op. cit., pág. 216. PIÑOL RODRIGUEZ, J. R., Manual de Derecho Penal II, op. cit., pág. 366; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995, op. cit., pág. 317; QUERALT JIMENEZ, J. J.: Derecho Penal Español, Parte Especial, op. cit., págs. 1027 y ss.; y NARVAÉZ RODRIGUEZ, A., Los delitos sobre la Ordenación del territorio, op. cit., pág. 358.

Otros autores hablan de delito de resultado o que admite la tentativa, pero su concepción de la consumación es menos exigente. En este sentido, cfr. DE VEGA RUIZ, J. A.: Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio, flora y fauna en el Código Penal de 1995, op. cit., pág. 317 (estima suficiente para la consumación del mismo la construcción); BARRIENTOS PACHO, J. M.: Delitos relativos a la ordenación del territorio, op. cit., pág. 1560 (considera suficiente para la consumación el inicio de las obras, reservando la tentativa para el acopio de materiales o la preparación del terreno); y GARCÍA PLANAS, G.: El delito urbanístico, op. cit., pág. 78; el mismo, “El artículo 319.1: construcción no autorizada en espacios protegidos”, op. cit., pág. 37 (quien admite la posibilidad de tentativa si sólo han pasado unos pocos días desde el inicio de la construcción).

<sup>756</sup> BOLDOVA PASAMAR; M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 119.

<sup>757</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, op. cit., pág. 74. También CATALÁN SENDER, J., en Delito urbanístico ante las grandes líneas de la jurisprudencia urbanística, op. cit., pág. 501, dice que el delito se consuma desde que se inicia la construcción o, mejor, desde que ésta pueda llamarse tal.

evidente cuándo puede concluir dicha caracterización. Pero a su vez, no es necesario el esfuerzo en esta cuestión, ya que de la literalidad del delito se desprende que éste se consuma desde que comienza la construcción, aunque ni haya finalizado, ni se haya visto alterado de forma especialmente grave la realidad física o así mismo se hayan eliminado las propiedades del suelo. Por tanto, llego a la misma conclusión que BOLDOVA PASAMAR, cuando se refiere a que se trata de un delito de resultado cortado. Podemos comparar dicho delito con el delito de derribo del artículo 321 del Código Penal, para ilustrar tal situación. Dicho delito materialmente se presenta como un delito de construcción pero a la inversa, a la vez su configuración jurídica es la de un delito de resultado, se comienza a derribar pero no se ha concluido dicho derribo, por ello se llega a la conclusión de que nos encontramos ante una tentativa (siempre y cuando no haya alteración grave, en este caso es posible otro resultado alternativo). A sensu contrario, en los delitos que estamos estudiando del artículo 319, el inicio de la construcción o edificación da lugar a la consumación del delito; en este sentido, insistimos en que no se puede tipificar una conducta antes de su conclusión en la construcción o edificación, ni requiere por tanto un avance sustancial en dicha obra (como situación intermedia y grave de la actividad física), por el contrario sería suficiente llevarla a cabo. La conducta tiene que tener un carácter permanente y es por ello que la consumación se alarga hasta el cese de la actividad constructiva, lo cual supone un alargamiento temporal<sup>758</sup>.

#### **IV. RELACIONES CONCURSALES.**

Dada la dinámica comisiva de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, podemos apreciar concursos con diferentes figuras delictivas contenidas en el Título XIX dedicado a los delitos contra la Administración (artículos 404 y siguientes del Código Penal). En este sentido, las conductas como el cohecho, el tráfico de influencias, maquinaciones para alterar el precio de las cosas o malversación de los caudales públicos, pueden ser figuras a aplicar junto con los delitos del artículo 319. La falsedad documental en documento público, privado o

---

<sup>758</sup> BOLDOVA PASAMAR, M .A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 120.

mercantil, son concurrentes con este tipo de hechos; como ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 11 de junio de 2009, en la que se puede apreciar un concurso de delitos. También podría concurrir el blanqueo de capitales, que tradicionalmente ha estado vinculado al tráfico de drogas y en otros casos, a la delincuencia organizada, debido en no pocas ocasiones a los beneficios derivados de promociones ilegales, que pretenderán ser introducidos en el mercado legal. Sería también factible el concurso de delitos con la falta de desobediencia, en aquellos casos en que haya existido una intervención previa de la Administración ordenando la demolición, cese o paralización de las obras ilegales, como ejemplo, tenemos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 15 de octubre de 2010<sup>759</sup>. Pero dejando a un lado estos ejemplos, y para seguir un orden sistemático, aludiremos, en primer lugar al concurso aparente de normas, para seguidamente centrarnos en los concursos real e ideal de delitos, bien entendido que, no en pocas ocasiones, como veremos, un determinado tipo penal podría originar, según los supuestos, un concurso real o ideal, respecto a los delitos del artículo 319.

Ante todo, debemos referirnos al concurso aparente de normas del que destaca, sin lugar a dudas, el relativo a la relación concursal entre los números 1 y 2 del artículo 319. Este concurso es posible, como ejemplo, cuando la construcción no autorizable se lleve a cabo en un suelo no urbanizable no declarado de especial protección, pero perteneciente al dominio público. Entendemos que la construcción no autorizable en suelo no urbanizable absorbe la edificación no autorizable en el suelo de dominio público. Este caso sería el de las servidumbres de protección, por ejemplo, y el caso de las influencias de dominio marítimo que, incluso antes de la entrada en vigor de la Ley de Costas, Ley 22/1988, estarían clasificadas como suelo no urbanizable (disposición transitoria 3º de esta Ley).

Con la finalidad de cometer el delito contenido en el artículo 319 del Código Penal, pueden darse, pues, concursos de normas penales<sup>760</sup>. Procede reiterar el rechazo a admitir una relación de especialidad o subsidiaridad entre los delitos del 319.1 y 2 del Código Penal, ya que podemos considerarlos como autónomos.

---

<sup>759</sup> OLMEDO CARDENETE, M.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. La protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (I). Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit., pág. 704.

En los casos en que se lleve a cabo una construcción no autorizable en suelo no urbanizable en suelo de valor ecológico de riqueza natural, el concurso aparente de normas queda resuelto mediante la regla de la consunción impropia del artículo 8.4 del Código Penal<sup>761</sup>, procediendo aplicar dicha regla para solucionar este concurso aparente de normas<sup>762</sup>. Si apelamos al criterio de la norma que castiga de forma más grave el desvalor de la conducta, quedaría entonces desplazado el apartado segundo del artículo 319, por contener una norma que resulta más benigna y en este caso aplicaríamos la norma del apartado primero de este artículo.

Si, por otra parte, tenemos en cuenta los delitos cometidos por la Administración Pública, tendríamos que centrarnos en el artículo 320 del Código Penal, que junto con el 319, daría lugar a un concurso de delitos, cuyo examen podría constituir por sí mismo un estudio particularizado. Si partimos de este estudio, los delitos del artículo 319 serían los principales que podrían entrar en concurso con los del 320 que abarca prevaricaciones específicas o bien con la prevaricación genérica del 404 del Código Penal, que castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Las penas previstas en este delito son de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

Se trataría de aquellos casos en que para la comisión de un delito del artículo 319 existe un acuerdo previo<sup>763</sup>, entre el funcionario que informa verificando la conducta prevista en el artículo 320.1 del Código Penal<sup>764</sup>, y aquel particular, o el del funcionario que vota o resuelve la concesión ilegal, cometiendo el delito del artículo 320.2 del Código Penal, en el que se castiga a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o por medio de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia. El acuerdo previo no será necesario para apreciar la cooperación punible en el artículo 319, ya que para admitir dicha cooperación únicamente se necesita la realización de un hecho injusto. Si no media

---

<sup>760</sup> CASTELLÓ NICÁS, N.: El concurso de normas penales, op. cit., págs., 49 y 50.

<sup>761</sup> CASTELLÓ NICÁS, N.: El concurso de normas penales, op. cit., págs. 168 y 170.

<sup>762</sup> COBO DEL ROSAL, M.: Derecho Penal. Parte General, 5ª Edición...op. cit., pág. 180.

<sup>763</sup> ACALE SÁNCHEZ., M.: Delitos urbanísticos, op., cit., pág. 343.

<sup>764</sup> Según el artículo 320 del Código Penal, sería aquél funcionario o autoridad que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes.

connivencia entre el particular que comete el delito del artículo 319 y la autoridad o funcionario público del artículo 320 del Código Penal, que cometen el delito de prevaricación, difícilmente se les puede imputar responsabilidad penal a título de cooperadores necesarios<sup>765</sup>.

Cuando se lleven a cabo los delitos previstos en el artículo 320 del Código Penal y a su vez se realice el delito de obras no autorizables del artículo 319.1 o 319.2 y haya un posible concurso, y además se constate la connivencia entre el funcionario público informante y el particular que lleva a cabo dicha obra, las posibilidades de considerar un hecho delictivo son dos. Al considerar el delito del artículo 404 del Código Penal como desplazado, podemos entender un concurso de normas y castigar al funcionario público por uno de los delitos del artículo 320 y al particular mediante la comisión de uno de los delitos del artículo 319. Asimismo, la otra posibilidad es que podemos entender que el funcionario informante está cometiendo un delito como cooperador necesario del artículo 28 b) del Código Penal, en concurso ideal junto con alguno de los delitos del artículo 319, entrando a formar parte junto con éste de un concurso ideal de delitos, junto con el delito de cooperación del artículo 404 del Código Penal.

Según GÓRRIZ ROYO, de cometerse alguno de los delitos del artículo 319 a consecuencia de la previa realización de la conducta típica del artículo 320, mediaría un concurso de normas entre dicho precepto y la prevaricación genérica del 404 del Código Penal. En este caso, para resolver el concurso de normas, se apela al artículo 8.1 del Código Penal donde, sin duda, sería el artículo 319 la ley preferente en cualquiera de sus dos modalidades<sup>766</sup>. La razón es la siguiente: en los casos en que se cometan delitos del artículo 319 a consecuencia de la previa comisión de los delitos del artículo 320, dicho precepto será en este caso ley preferente frente a otras posibles interpretaciones, ya que la ley allí prevista contempla en su totalidad el doble desvalor del resultado que manifiestan las conductas aquí enjuiciadas.

---

<sup>765</sup> DE LA MATA BARRANCO, N.: “El 320.1 del Código Penal: prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas”, en AA. VV.: Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Oñati, 1998, pág. 140.

Mediante la imposición de las penas previstas en el artículo 320 del Código Penal, se castiga la puesta en peligro del bien jurídico “ordenación del territorio y el urbanismo” como la ofensa al desarrollo correcto de la función pública<sup>767</sup>. En estos casos, además, se suelen plantear problemas de autoría y participación, entre los distintos codelincuentes (vid. la STS de 29 de noviembre de 2009; una eventual vulneración del principio non bis in idem quedaría salvada, a juicio de esta resolución, por el hecho de que “no cabe desconocer que el bien tutelado con la sanción penal a la prevaricación urbanística no es sólo la ordenación del territorio sino también la administración pública, como en toda la prevaricación administrativa”)<sup>768</sup>

En relación al posible concurso ideal, si tenemos en cuenta los delitos que se contemplan en el Capítulo III del Título XVI del Código Penal, GÓRRIZ ROYO, considera poco probable la relación concursal entre estos, los del artículo 319, y los del 328 del Código Penal, aunque sin embargo, sí considera viable un concurso de delitos sobre la ordenación del territorio y el delito previsto en el artículo 330 del Código Penal, en el cual se castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien “...en un espacio natural protegido dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo...”<sup>769</sup>. Las acciones típicas que están previstas en los diferentes delitos son distintas, ya que el 319 castiga las acciones de urbanizar, construir o edificar y el artículo 330 del Código Penal castiga la conducta genérica de “dañar gravemente”; puede ser que a consecuencia de la acción del delito del 319.1 del Código Penal, se dañe gravemente alguno de los elementos que sirvieron para calificar los suelos donde se realice una construcción no autorizable; entonces, según LASO MARTÍNEZ, se podría apreciar

---

<sup>766</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1175. En sentido próximo SILVA SÁNCHEZ, J.M., en Delitos contra el medio ambiente, Tirant lo Blanch, 2000, pág.166.

<sup>767</sup> GÓMEZ RIVERO, M. C., en Régimen de las autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y la ordenación del territorio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 79 y 80.

<sup>768</sup> OLMEDO CARDENETE, M., “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. La protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (I) Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit., pág. 704.

<sup>769</sup> GORRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1181.

un concurso ideal entre el artículo 319.1 y el 330 del Código Penal<sup>770</sup> . Pero si aquella acción delictiva no produce el daño grave del artículo 330, únicamente se aplicaría el delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

Respecto a los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna, se admitiría como único el concurso entre los delitos del artículo 332 del Código Penal, siempre y cuando se verifique la modalidad de la conducta consistente en destruir o alterar gravemente el hábitat de alguna especie o subespecie de flora amenazada o sus propágulos y el artículo 319, si la construcción no autorizable recayera sobre lugares de valor ecológico reconocido legal o administrativamente o especialmente protegido por el mismo motivo. El artículo 332 del Código Penal prohíbe resultados con independencia de las acciones que los hayan provocado<sup>771</sup>, y resulta muy probable que por medio de una construcción no autorizable en un reconocido lugar ambiental, se destruya el hábitat de especies de flora que se hallan en peligro de extinción, los bienes jurídicos tutelados en ambos preceptos son distintos, pero su lesión se produciría mediante un solo hecho, es por ello que se admite el concurso ideal entre este delito y el ubicado en el artículo 319.1.

Por otra parte, debemos indicar, también en relación con la protección penal de la flora y la fauna, que se ha aplicado el subtipo agravado del 319.1 en relación con el artículo 334. 2 del Código Penal al llevarse a cabo la construcción ilegal en un espacio protegido, por constituir el lugar una zona protegida, en concreto el hábitat de una especie de aves en peligro de extinción (vid. la SAP de Las Palmas 15 de octubre de 2010)<sup>772</sup>.

El concurso entre dicho los delitos del artículo 319 y el delito sobre el patrimonio histórico de los artículos 321 y 323 del Código Penal suele ser poco probable, ya que las acciones que en ellos se realizan como las de “alterar” o “derribar” edificios y “causar daños” en determinados lugares, nada tienen que ver

---

<sup>770</sup> LASO MARTÍNEZ, J. L., en *Urbanismo y Medio Ambiente en el nuevo Código Penal...*, op. cit., pág. 144.

<sup>771</sup> HAVA GARCÍA, E.: *Protección jurídica de la flora y fauna en España*, editorial Trotta, Madrid, 2000, pág. 305.

<sup>772</sup> OLMEDO CARDENETE, M.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. La protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (I) Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit., pág. 704

con la conducta del artículo 319, que consiste en llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación<sup>773</sup>. Por lo tanto, dichos delitos sólo concurrirían cuando, como consecuencia de un delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, se produjese un delito sobre el patrimonio histórico.

Se podría apreciar, en este caso, un concurso ideal de delitos entre los artículos 319.1 y 321 del Código Penal, cuando, como ejemplo, se realice una construcción que tenga legal o administrativamente reconocido su valor artístico, histórico o cultural o que se haya declarado de especial protección en atención a dichos valores, o que hayan sido declarados de especial protección en atención a dichos valores, y que se derribe o altere algún edificio *in situ*, que haya sido declarado especialmente protegido por su valor artístico, histórico o cultural o se realice una construcción no autorizable en su interior<sup>774</sup> o cuando esta construcción se realiza en el exterior sin ser autorizable, causando asimismo, derribos a los que hace referencia el 321 del Código Penal. Puede tratarse del medio empleado para producir estos delitos, lo que constituirá el concurso medial<sup>775</sup> propiamente dicho entre ambos preceptos. Dichos casos pueden resultar frecuentes.

En relación con el delito sobre el patrimonio histórico del artículo 323 del Código Penal, si se causa daños en bienes de valor histórico, artístico, cultural o monumental o en un yacimiento arqueológico, se establecerá un concurso ideal con el artículo 319.1, y en este caso, aplicaremos las reglas del artículo 77 del Código Penal, siempre y cuando, a consecuencia de las actividades de realizar una construcción no autorizable en suelos que tengan legal o administrativamente reconocido su valor artístico, histórico o cultural o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección, se causen daños colaterales en los citados bienes o en un yacimiento arqueológico. Según GÓRRIZ ROYO, para aplicar la

---

<sup>773</sup> De la misma opinión GORRIZ ROYO, E.. Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1182.

<sup>774</sup> LASO MARTÍNEZ, J. L., en Urbanismo y Medio Ambiente en el nuevo Código Penal, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 128; y GUIASOLA LERMA, C., en Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 550 y 551.

<sup>775</sup> MILANS DEL BOSCH S. / DE URÍES, J.: "Delitos sobre el patrimonio histórico", en Derecho Penal Administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio Ambiente), Comares, Granada, 1997, págs. 217 y 218.

pena en su mitad superior, conforme al artículo 77.2 del Código Penal, entiende que los daños deben derivarse de las acciones inherentes o inescindibles de las actividades constructivas (excavaciones, extracciones de tierra, aterramientos...), puesto que si los daños que se causan en aquellos bienes no resultan necesarios para ejecutar la concreta obra, sería más oportuno, según entiende esta autora, apreciar una pluralidad de hechos y de infracciones y admitir el concurso real entre los delitos del artículo 319.1 y 323.

En cuanto al concurso real, y en primer lugar, habría que resolver, entre el delito de obras de urbanización, construcción o edificación ilegal y el de desobediencia del artículo 556 “cuando el sujeto, requerido para la paralización de la obra, hubiere desobedecido las órdenes o resoluciones de las autoridades competentes relativas a la inviolabilidad legal del proyecto o paralización de las actividades”<sup>776</sup>. Para algunos autores, en el tipo del artículo 319 difícilmente podrían concurrir estos supuestos<sup>777</sup>. MUÑOZ CONDE señala, sin embargo, que “podrá apreciarse un concurso real de delitos de desobediencia del artículo 556, cuando el sujeto requerido por las autoridades para paralizar las obras no lo hiciese”<sup>778</sup> o las iniciase una vez hubiese notificado que el proyecto carecía de los requisitos legales para llevarse a cabo.

La pluralidad de hechos y de infracciones es la característica del concurso real<sup>779</sup>, para los casos en los que se cometan delitos del artículo 319 y a su vez, la desobediencia a la autoridad o sus agentes del 556 del Código Penal. Si el caso requiere la paralización de la obra y el autor desobedece las órdenes de la autoridad competente en este sentido, continuando con la realización de la obra constructiva<sup>780</sup>, procederán en este caso las penas que son correspondientes a las diversas

---

<sup>776</sup> MUÑOZ CONDE, F.: Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Valencia, 1996, op. cit., pág. 490.

<sup>777</sup> GARCÍA PLANAS, G.: El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio), op. cit., pág. 81.

<sup>778</sup> MUÑOZ CONDE, F.: Manual de Derecho Penal. Parte Especial., op. cit., pág. 490.

<sup>779</sup> COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T.: Derecho Penal. Parte General, 5ª Edición...op. cit., pág. 769; y CUERDA RIEZU, A.: “La unidad del delito en la jurisprudencia”, op. cit., pág. 344. Aunque éste último apela a la pluralidad de acciones, ya que para él caracterizan el concurso real.

<sup>780</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 16 de septiembre de 1998, como ejemplo.

infracciones, aplicando las reglas del concurso real de delitos de los artículos 73, 75 y 76 del Código Penal.

En el Título XVII se ubican los delitos contra la seguridad colectiva y en la Sección tercera del mismo se incorporan los llamados “delitos de riesgo provocados por otros agentes” (artículos 348 a 350 del Código Penal). En el delito de riesgo del artículo 350, se castiga a los que “...en la apertura de pozos o excavaciones, en la construcción o demolición de edificios, canalizaciones u obras análogas o, en su conservación, acondicionamiento o mantenimiento infrinjan las normas de seguridad establecidas, cuya inobservancia pueda ocasionar daños catastróficos, y pongan en peligro concreto la vida, integridad física de las personas o el medio ambiente”. Las penas para dichos sujetos serán la pena privativa de libertad de seis meses a dos años, multa de seis a doce meses, e inhabilitación para profesión o empleo público por tiempo de tres a seis años.

Dicho delito, a juicio de GÓRRIZ ROYO, puede concurrir con los delitos del artículo 319, en los casos en que se lleve a cabo una construcción no autorizable, como ejemplo en suelos destinados a zona verde, y al acondicionar dichas obras se infrinjan normas de seguridad, ocasionando con ello un peligro concreto para la vida, integridad física de las personas o medio ambiente. Considera, asimismo, dicha autora, que para dichos supuestos cabe aislar un concurso real entre estos delitos, debido a que los bienes jurídicos no son los mismos, ni en principio los hechos descritos pueden ser concebidos como un hecho delictivo único, sino como varios, y por ende, como varias infracciones. Entonces, hay que tener en cuenta que si la conducta empleada para lesionar estos dos bienes jurídicos fuera la construcción (no autorizable) de un edificio, en dicho caso sí sería plausible y admisible el concurso ideal de delitos, entre el artículo 319 y el artículo 350 del Código Penal<sup>781</sup>.

Los delitos de construcción o edificación ilegales se relacionan también con el delito contenido en el artículo 350 del Código Penal, en virtud de las reglas del concurso real de delitos: se construye en un suelo “no autorizable”, de dominio público, como ejemplo, y dentro de dicha construcción se infringen las normas de

---

<sup>781</sup> GORRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., págs. 1184 y 1185.

seguridad establecidas, y de este modo se ponen en peligro la vida, la integridad física de las personas o del medio ambiente<sup>782</sup>.

Por otro lado, el concurso real puede surgir entre el delito ecológico del artículo 325 y el delito que nos ocupa, en los casos en que con ocasión de las labores de urbanización, construcción o edificación, se lleven a cabo de forma directa o indirecta excavaciones, extracciones, aterramientos o depósitos de sustancias en el suelo que lleguen a poner en peligro los sistemas naturales. Y ello si la construcción o edificación en la que se materializa el bien jurídico afectado es la misma, primero a través de la lesión del recurso material afectado y segundo, por la puesta en peligro de los sistemas naturales<sup>783</sup>.

Para MUÑOZ CONDE, en este caso concreto “habrá de apreciarse el correspondiente concurso de delitos. De otra forma resultaría cuanto menos paradójico que sólo se aplicase el artículo 319, y con él una pena de prisión máxima de hasta tres años, frente a la pena de prisión de hasta cuatro contemplada en el artículo 325, por el solo hecho de que el medio comisivo del atentado al medio ambiente fuese a su vez la infracción de la normativa relativa a la ordenación del territorio”<sup>784</sup>. Por otra parte, y según este autor, en este caso, se trataría de un concurso ideal, el existente entre el delito del 325 acerca de los delitos contra el medio ambiente, pues se estarían atacando bienes jurídicos diferentes y como consecuencia, la agresión al medio ambiente no quedaría subsumida en el delito contra la ordenación del territorio y el urbanismo.

Como ejemplo del concurso entre el artículo 319.1 del Código Penal y el delito ecológico del artículo 325 del Código, tenemos la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2006, en la que el acusado era agricultor y procedió a transformar diversas parcelas de su propiedad, a pesar de tener éstas un carácter y clasificación forestal. El sujeto procedió a realizar extracciones de rocas para ir conformando diversos banales, instaló cinco torres para extraer el suministro de

---

<sup>782</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 336.

<sup>783</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 335. Sobre los tipos del delito ecológico vid., por todos, PERIS RIERA, J.M.: “Tutela penal del agua”, en PERIS RIERA, J.M.(Dir.)-CUESTA PASTOR, P. (Coord.): La tutela penal del agua, Dykinson, S.L.,Madrid, 2011, págs. 26 y ss.

<sup>784</sup> MUÑOZ CONDE, F.: Manual de Derecho Penal. Parte Especial, op. cit., pág. 491.

electricidad y tuberías de riego por goteo, ocupó una vía pecuaria, creó nuevos caminos cementados para adaptarlos a la explotación agraria, procedió a la roturación y eliminación de la vegetación natural del lugar, así como de la construcción tanto de una balsa de grandes dimensiones como de un almacén, que poseía en el PGOU del lugar, una clasificación urbanística de suelo no urbanizable y de protección forestal. El efecto de la actividad conjunta llevada a cabo, actividad de transformación, junto con los hechos probados de la resolución, se sitúa en una transformación de 78.125 metros cuadrados de terreno forestal. Frente al criterio sostenido en primera instancia en la que se apreció un concurso de delitos, el Tribunal Supremo declaró la existencia de una identidad de bien jurídico protegido entre el delito urbanístico y el delito ecológico, procediendo a resolver entonces como un concurso de normas a través del artículo 4.4 del Código Penal<sup>785</sup>.

En palabras de la propia resolución: “ciertamente si la conducta consistente en construir sin autorización configura el delito contra la ordenación del territorio del artículo 319. 1, es porque esa actividad constructora se realiza en una zona de valor ecológico y considerada de especial protección precisamente por ese valor ecológico que la norma quiere preservar”. Y desde luego, ese mismo bien jurídico es el que tutela el artículo 325 del Código Penal en su vertiente de proteger el equilibrio de los sistemas naturales, cuya significación ecológica no admite duda.

Al sancionar separadamente ambos delitos, se ha producido una vulneración del principio “non bis in ídem” que debe de ser reparada en esa instancia, casándose la sentencia impugnada en este extremo y declarándose “(...) que debe resolverse con arreglo al artículo 8. 4 del Código Penal, de manera que los hechos serán castigados con arreglo al artículo 325 del Código Penal por ser el tipo más grave, excluyéndose el artículo 319 del Código Penal sancionado con menor pena”<sup>786</sup>.

Otro caso, en relación a este concurso real de delitos, sería el de un constructor-promotor que no ha obtenido el visto bueno del informe de evaluación de

---

<sup>785</sup> OLMEDO CARDENETE, M., “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. La protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (I). Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo” en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial, op. cit., pág. 704

<sup>786</sup> STS 29 de noviembre de 2006.

impacto ambiental en relación a extracciones, excavaciones o aterramientos, como ejemplo, en zona marítimo-terrestre y pone en peligro el equilibrio de los sistemas naturales costeros, y posteriormente realice una construcción de un almacén no autorizable en dicho suelo. Para la resolución de este caso concreto existen varias soluciones, partiendo de que el presupuesto de la comisión de estos delitos del 319, se inicia con las excavaciones que son previas a la cimentación.

De esta manera, entiende GÓRRIZ ROYO que se parte de dos bienes jurídicos diferentes y que existe una pluralidad de hechos<sup>787</sup>, en los que se aprecia el desvalor del resultado consistente en la lesión del bien jurídico “ordenación del territorio y el urbanismo”, y por otro en la puesta en peligro concreta del bien jurídico medio ambiente. Al producirse en este caso una pluralidad de hechos y de infracciones cabrá apreciar un concurso real entre el delito previsto en el artículo 319 y el delito previsto en el artículo 325. Según MUÑOZ CONDE, dicha solución resuelve el problema que se produciría si sólo aplicásemos el 319, al considerar que la infracción normativa sobre la ordenación del territorio y el urbanismo fuese a su vez el medio comisivo para atentar contra el medio ambiente<sup>788</sup>. Dicha relación entre estos delitos conduce, según este autor, a la pena de prisión prevista según estos apartados del artículo 319, en todo caso inferior a la contemplada en el artículo 325 del Código Penal cuya pena privativa de libertad puede llegar hasta los cuatro años.

Si la comisión de alguno de estos delitos que se ubican en el artículo 319 del Código Penal, no lleva consigo la efectiva puesta en peligro de los sistemas naturales, desde mi punto de vista, sería de aplicación únicamente el 319<sup>789</sup>.

Pueden darse, además, supuestos en que mediante una única conducta se inicie el periodo consumativo de alguno de los delitos del 319 que ponga en peligro el equilibrio de los sistemas naturales mediante infracción de normas medioambientales del artículo 325 del Código Penal. En este caso concreto, se puede

---

<sup>787</sup> GORRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1180.

<sup>788</sup> MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial, 12º edición...op. cit., pág. 539. Admitiría también el concurso real en estos casos, ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos urbanísticos...op. cit., pág. 335.

<sup>789</sup> Cfr., en este sentido, GORRIZ ROYO, E., Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1180.

admitir un concurso ideal de delitos, ya que mediante unos mismos hechos se cometen tanto el delito del artículo 319 del Código Penal como el del artículo 325 de este mismo Código. Aquí, podremos aplicar la pena del apartado primero de dicho precepto 319 junto con la agravación del artículo 338 del Código Penal, cuando la conducta consista en llevar a cabo una construcción no autorizable en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico o ecológico del artículo 319.1. Y ello es debido a que el artículo 338 del Código Penal, se halla incluido dentro de las disposiciones del Título XVI del Código Penal, que a su vez prevé la imposición de las penas superiores en grado a las que se hayan respectivamente previsto, siempre y cuando dichas conductas, definidas en este Título, afecten a un espacio natural protegido.

Si, y en relación a otro supuesto, para obtener licencia se presentaren documentos falsos, según GARCÍA PLANAS, podría darse un concurso ideal con el delito de falsedades documentales tipificado en el artículo 390 en relación con el artículo 392 del texto punitivo. Asimismo, y a juicio de este autor, nada impide la aplicación del artículo 74 del Código Penal<sup>790</sup>, es decir que pueda darse en este caso el delito continuado, figurando éste en relación con el promotor o constructor, que bajo la dirección de un técnico-director, lleven a cabo varias construcciones no autorizables de las recogidas en el artículo 319 del Código Penal, o edificaciones no autorizables de las del apartado segundo. En estos casos viene a ser más correcto, según este autor, la aplicación de la figura del delito continuado más que la del concurso real de delitos<sup>791</sup>.

---

<sup>790</sup> **Artículo 74.** “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”.

<sup>791</sup> GARCÍA PLANAS, G.: El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio), op. cit., pág. 81.

Según GORRIZ ROYO, para la comisión del delito del artículo 319, y como ya indicamos, existen supuestos de obtención de licencia en relación a los cuales se pueden producir falsedades documentales ante la autoridad administrativa con la finalidad de conseguir una licencia que no se podría conceder. En dicho caso, se produce la concurrencia entre dicho delito previsto en el artículo 392 del Código Penal (en relación con el 390.1) y el 319, en su apartado primero. Como hemos podido comprobar, resulta cuestionable si se trata de un concurso ideal o medial de delitos. GORRIZ ROYO, no considera la existencia de un concurso ideal en este caso, por el contrario entiende más oportuno, el concurso medial, ya que, desde su punto de vista, entiende que resulta evidente que la falsedad en documento público es medio para inducir al error al funcionario otorgante de la licencia con el fin de cometer un delito sobre la ordenación del territorio en sentido estricto<sup>792</sup>, opinión con la que estoy totalmente de acuerdo. El concurso medial, instrumental o teleológico tendría que ser ubicado en el artículo 73 del Código Penal dentro del concurso medial como expone GÓRRIZ ROYO, teniendo en cuenta su regulación para ambos concursos (artículo 77) y para la sanción aplicable, que se incluye dentro de dicho artículo. Por otra parte, cuando acontecen delitos como los de amenazas (artículo 169 y 171 del Código Penal) o coacciones (artículo 172) como medio por el cual se obliga al funcionario público, con la finalidad de obtener la mencionada licencia para llevar a cabo los hechos típicos del 319.1 y 2, se producirá, en dicho caso, una problemática idéntica a la que hemos tratado en el caso anterior. GORRIZ ROYO, considera este caso como un concurso -real-<sup>793</sup> y medial, puesto que existirían dudas razonables de que nos encontremos únicamente ante un solo hecho delictivo.

Existe, además, la posibilidad de la falsedad en el certificado de fin obra ya que éste debe ser ante todo un documento oficial<sup>794</sup>. Se cometería aquí un delito de falsedad como medio para consumir uno de estos delitos del artículo 319.

---

<sup>792</sup> GORRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1176.

<sup>793</sup> También llega a esta solución concursal N. CASTELLÓ NICÁS, si bien en los supuestos en que se realicen falsedades en documento público, oficial o mercantil, pero para cometer los delitos de estafa, se trataría del concurso de normas... En El concurso de normas penales, Comares, 2000, op. cit., pág. 110.

<sup>794</sup> Como constata P. FERNANDEZ PANTOJA, entre los documentos que la jurisprudencia viene considerando como oficiales, está "...el certificado de fin de obra" dirigido a ser presentado y surtir efectos ante un organismo público dependiente de una Administración Autonómica. (S. de 23 de febrero de 1993)", en Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 166.

El delito del artículo 319, y para finalizar, puede concurrir con otros delitos de daños, como es el caso del artículo 264.1.4º del Código Penal, en el que se castiga al que causare daños “que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal”. En relación al artículo 323 del Código Penal, cuando la construcción no autorizable se lleve a cabo sobre un bien de dominio público causando daños sobre éste, se podría calificar de concurso ideal o formal, si los daños son consecuencia de las actividades constructivas, pero si los daños no se causan con motivo de las obras, cabría admitir el concurso real o material de infracciones entre el artículo 319.1 y el 264.1.4º. La solución de la gran variedad de concursos de delitos en relación al artículo 319, se ha venido a inclinar, si no por la aplicación de varios, en un concurso real, por la prevalencia en la mayoría de los casos la aplicación de este delito.

## **CAPITULO QUINTO: CONSECUENCIAS JURÍDICAS.**

## I. CUESTIONES PREVIAS.

Las consecuencias jurídicas de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo del artículo 319 del Código Penal, no se agotan en las penas previstas en sus apartados, sino que tienen otras como la medida no cautelar y potestativa prevista en el apartado tercero del artículo 319, que consiste en la demolición de obra a cargo del autor del hecho; ésta es una medida reparadora que tiene que ser en todo caso motivada por los Jueces y Tribunales. Además, éstos están facultados para adoptar las medidas cautelares previstas en el artículo 339 del Código Penal sobre “disposiciones comunes”, que se ubican en el Capítulo V del Título XVI y que son aplicables a dichos delitos. Por otra parte, debemos tener en cuenta la reparación del daño causado del artículo 112 del Código Penal. Y por último, la responsabilidad civil que este tipo de delitos conlleva, el comiso de las ganancias provenientes del delito, la responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de la reforma 5/2010, de 22 de junio y la posible prescripción de estos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

Las penas establecidas en el artículo 319 son la pena privativa de libertad, multa e inhabilitación. La duración de la inhabilitación y multa coincide en los apartados primero y segundo de este artículo, no sucede lo mismo con la pena de prisión. Antes de la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, ambas penas tenían el mismo límite mínimo de seis meses, el máximo en el apartado primero era de hasta tres años, mientras que en el apartado segundo llegaba hasta los dos años. La Ley Orgánica modificó los límites, la pena que le corresponde al autor de la conducta que se describe en su apartado primero va de un año y seis meses a cuatro años y la del apartado segundo de uno a tres años. El incremento de la pena en los dos apartados pone de manifiesto la importancia que tienen para el legislador los bienes jurídicos protegidos en este delito, así como la gravedad de los atentados que sufren<sup>795</sup>.

La mayor pena de prisión a imponer en el supuesto del número 1 del artículo 319 “parece obedecer a la intención de otorgar una mayor protección en función de

---

<sup>795</sup> Elevación de las penas que ya propuso el Grupo de Estudios de Política Criminal. Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas relacionadas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 33.

los lugares en los que se comete el delito”<sup>796</sup>. Por eso se diferencia la pena entre ambos apartados, aunque dicha pena resulta desigual en el apartado primero. No resulta lo mismo construir en suelo no urbanizable que realizar la conducta de construir en un suelo declarado de interés cultural e integrante del Patrimonio Histórico Español<sup>797</sup>. La enmienda 401 del Grupo Parlamentario Popular pretendía introducir una modalidad agravada, para aquellos casos en los que la modalidad delictiva se llevara a cabo en lugares de especial protección debido a sus “valores ambientales, históricos-artísticos-culturales”, y otra modalidad agravada, para los que los casos en los que “la actuación delictuosa haya producido grave daño en alguno de los elementos que hubieran motivado la protección especial en el espacio natural”<sup>798</sup>.

Podemos establecer una comparación abstracta entre la protección que se ofrece al ambiente en el artículo 319 y en el 325 del Código Penal (en el que se castigan una serie de atentados como vertidos, emisiones, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos), en relación al equilibrio de los sistemas naturales<sup>799</sup>.

Si tanto en el artículo 319 como en el 325 del Código Penal, consideramos al ambiente como bien jurídico protegido, en parte, al considerarlo delito de lesión al bien jurídico protegido en el primer caso, frente al segundo caso, castigándose en éste la puesta en peligro, el delito de lesión habrá de tener una pena superior a la simple y mera puesta en peligro del bien jurídico. Sin embargo, y como se dijo anteriormente, la protección del bien jurídico que se lleva a cabo en los artículos 319 y 325 del Código Penal no es comparable, ya que no los podemos equiparar, porque en el primero castigamos la lesión menor del bien jurídico ambiente que se materializa en el recurso material suelo; en dicho caso la lesión no se puede equiparar ni siquiera a la puesta en peligro de los sistemas naturales<sup>800</sup>.

---

<sup>796</sup> BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C.: “De los delitos sobre la ordenación del territorio”, en VIVES ANTÓN, T. S (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 1577.

<sup>797</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, op. cit., pág. 269.

<sup>798</sup> Diario de Sesiones del Congreso, 29 de junio de 1995/160, pág. 8509.

<sup>799</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, op. cit., págs. 269 y 270.

<sup>800</sup> Comparto la opinión de ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, op. cit., pág. 270.

Las penas señaladas que vamos a analizar, en primer lugar, se refieren a las personas físicas, desde una perspectiva global: la imposición de forma conjunta de las penas de prisión y multa y privación del derecho al ejercicio de una profesión u oficio que de alguna manera supone el aumento o en cierta forma complementar la eficacia intimidante de cada una de ellas, que son impuestas de forma independiente y frente al autor del delito.

A partir de la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, las personas jurídicas por primera vez en Derecho Penal tienen responsabilidad penal; por lo tanto, para imponerles una pena en relación a los “delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, tenemos que atenernos a lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 319 del Código Penal, que dispone lo siguiente: “en los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

Examinaremos, pues, en este capítulo, el conjunto de penas y consecuencias jurídicas de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, a que acabamos de aludir, con especial atención, por su novedad, a este último supuesto relacionado con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

## **II. PENALIDAD.**

Como se ha dicho, en el texto punitivo<sup>801</sup> se prevén penas conjuntas; es decir prisión, inhabilitación especial para profesión u oficio y multa.

---

<sup>801</sup> GRACIA MARTÍN consideraría estas penas como acumulativas, puesto que entiende por tales “aquellas que están constituidas por la acumulación de dos o más penas de distinta naturaleza que deberán aplicarse conjuntamente”, en GRACIA MARTÍN., L. (Coord.) /BOLDOVA PASAMAR., M. A/ ALASTUEY DOBÓN, M. C.: Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, Valencia, 1998, pág. 45.

En el Código Penal reformado por la Ley 5/2010 de 22 de junio, la penalidad prevista para la conducta del tipo básico es la 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 resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años. Para el tipo agravado únicamente se eleva la pena de prisión cuyo límite mínimo pasa a un año y seis meses, elevándose el máximo hasta los cuatro años.

Como vimos en el Capítulo tercero de este trabajo, llama la atención, en relación con los promotores como sujetos del tipo, para OLMEDO CARDENETE, que estemos en presencia de un delito común y que, no obstante, el precepto establezca la imposición obligatoria de la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio. Esta previsión legal es utilizada como argumento a favor de que estamos ante la presencia de un delito especial y no meramente común pero, en todo caso, tratándose de particulares, la prohibición inherente a la pena desplegaría sus efectos en el sentido de impedir que aquellos puedan desarrollar en el futuro cualquier profesión u oficio relacionado con la construcción<sup>802</sup>. Considero, asimismo, que nos encontramos ante un delito común, resultando evidente que un particular puede desarrollar la actividad de promoción, o incluso la construcción o edificación -supuestos, como ejemplo de “autoconstrucción” de la propia vivienda-, sin estar en la posesión de un título que acredite que sabe hacerlo, título que sí se exigiría necesariamente para la actuación en concepto de “técnico-director”.

En atención a los distintos máximos establecidos para la pena de prisión de los apartados primero y segundo del artículo 319, MUÑOZ CONDE y CARMONA SALGADO, han considerado en atención a los términos, como delitos previstos en el tipo básico, la relación de los delitos del artículo 319, sin embargo, GÓRRIZ ROYO, no considera que exista tal similitud entre ambos delitos, ni en la pena de los mismos,

---

<sup>802</sup> OLMEDO CARDENETE, M. “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. La protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (I) Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo” en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.): Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial, Dykinson, S. L, Madrid, pág. 706.

ni en la especialidad, sino que los considera como delitos autónomos<sup>803</sup> y comparto esta última opinión, ya que considero que aunque existe relación entre ambos delitos, se trata de dos delitos diferenciados, dentro de un mismo artículo.

El fundamento de la imposición de una pena superior en el artículo 319.1, se debe, como hemos dicho, a la mayor entidad de los suelos y lugares previstos como objeto material del delito, su valor material contribuye en este caso concreto a configurar el bien jurídico que es digno de protección, desde una perspectiva penal. Por ello, podemos afirmar que es necesario imponer mayor pena para este delito, ya que el objeto material sobre el que recae es digno de mayor tutela y ésta podría haber sido la motivación del legislador para aumentar la pena privativa de libertad, de una manera ligeramente superior<sup>804</sup> a la del 319.2.

Se ha llegado, además, a plantear la desproporción entre las multas penales y las administrativas, y también la desproporción en el caso de la inexistencia de reglas para que el juez pueda graduar las sanciones de los delitos previstos en el artículo 319, valorando la gravedad de las infracciones cometidas de mayor a menor y teniendo en cuenta la gravedad de las circunstancias concurrentes<sup>805</sup>.

En opinión de GÓRRIZ ROYO, algunas de estas críticas, que apuntan a la desproporción de las consecuencias jurídicas del artículo 319, pueden ser relativizadas. Partiendo de una concepción unitaria del bien jurídico que en este caso es “la ordenación del territorio y el urbanismo”, no resulta injustificado que el

---

<sup>803</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del 319 del CP, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 1144 y 1145.

<sup>804</sup> Dicha postura es sostenida con buen criterio por CONDE-PUMPIDO TOURÓN, que entiende que el límite máximo es ligeramente inferior del 319.2 del Código Penal, pero no convierte a este tipo en privilegiado, debido a las conductas que se prevén respectivamente en esta serie de delitos, en “Los delitos urbanísticos o relativos a la Ordenación del Territorio”, op. cit., pág. 183.

<sup>805</sup> En este sentido, ESTEVEZ GOYTRE, considera que en los delitos pueden tener cabida infracciones de distinta gravedad, y por lo tanto pueden tener repercusiones urbanísticas distintas por lo que en este caso sostiene que “producirá, sin duda, si no se remedia por vía jurisdiccional, unas claras situaciones de injusticia ante lo desproporcionado de una pena privativa de libertad, multa e inhabilitación a las personas que infrinjan el ordenamiento urbanístico en los supuestos contemplados en los artículos 319 y 320 del Código Penal que, en la mayor parte de los casos, no producirán lesiones que no puedan ser separados/as con la demolición de las obras no legalizables”, en “Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador: especial referencia a los delitos sobre la Ordenación del Territorio en relación con las infracciones urbanísticas”, en Actualidad Administrativa, nº 30, julio, 1996, pág. 639.

castigo de las conductas delictivas recaigan en determinados lugares como suelos destinados a viales y zonas verdes todavía no integrantes del demanio, puesto que la previsión de estos lugares igualmente sirve al objeto de dotar de una entera protección a aquel bien jurídico penal, habida cuenta que también estos espacios contribuyen a delimitar su contenido.

Las sanciones penales y administrativas tienen distinto alcance, siendo lógica la importancia que se les da a las multas administrativas en el Derecho Administrativo sancionador; sin embargo, considero que en el Derecho Penal la multa no tiene el mismo protagonismo y más aún si se trata de una pena conjunta<sup>806</sup> como es el caso de los apartados primero y segundo del artículo 319 que estamos analizando, aunque en algunos supuestos concretos, es verdad que podría resultar desproporcionada<sup>807</sup>. La proporcionalidad, habrá de verse en el caso concreto y en sede jurisdiccional, donde se podrá dar solución al problema de la desproporción de las penas que derivan de estos apartados del artículo 319<sup>808</sup>.

Cuando nos encontremos ante supuestos concretos, en los cuales aparece como desproporcionado acudir a la *extrema ratio* del ordenamiento jurídico, cabría dar más relevancia, en sede jurisdiccional, a la necesidad de justificar la concreta imposición de la pena. Hay que ponderar la gravedad de las ofensas en sede jurisdiccional, lo que permitirá en este mismo sentido excluir el delito, en supuestos de escasa gravedad. El principio de “insignificancia”, como GÓRRIZ ROYO recalca, en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo del artículo 319, supondría una importante cuestión, siendo primordial, como criterio en las manos del Juez, para excluir la tipicidad de las conductas de entidad nimia. No obstante, y así lo entendemos, existen dificultades para su anclaje como regla procesal, habida cuenta

---

<sup>806</sup> En este sentido, cfr. GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del 319 del CP, op. cit., pág. 1146.

<sup>807</sup> Quien se excede en la construcción unos centímetros sobre el máximo permitido en el volumen o quien lleva a cabo una construcción en un suelo no urbanizable especialmente protegido por su valor ecológico, histórico o cultural.

<sup>808</sup> Afirma GÓRRIZ ROYO, que “resultaría insólito e inviable que un precepto penal tuviera una vocación de especificación similar a los preceptos administrativos, donde se regulan las infracciones urbanísticas, que además cuentan con un detallado desarrollo reglamentario para diferenciar con una mayor precisión la sanción a imponer en los distintos supuestos”, en GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del 319 del CP, op. cit., pág. 1147.

del sometimiento pleno de los jueces y tribunales al principio de legalidad en nuestro ordenamiento, aunque se ha mantenido la opinión de que podría superarse por vía interpretativa, extrayendo dicho principio de las exigencias del principio de proporcionalidad en sentido estricto<sup>809</sup>. El artículo 66.1 sería un instrumento adecuado para aplicar el juicio de proporcionalidad, ya que faculta a Jueces y Tribunales para individualizar la pena, siempre que no concurren otras circunstancias atenuantes o agravantes o ambas, en atención a la extensión a las circunstancias del autor del delito y a la mayor gravedad del hecho cometido<sup>810</sup>.

Debemos considerar, por otra parte, que las penas impuestas, en ocasiones pueden no ser cumplidas, si aplicamos las reglas de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad del artículo 80 y siguientes del Código Penal. Además, se podrían sustituir estas penas por las penas de arresto de fin de semana o multa, en conformidad con los efectos de los criterios ubicados en el artículo 88 del Código Penal, al que posteriormente aludiremos.

Sin duda alguna, las penas privativas de libertad tienen eficacia intimidatoria, en el ámbito de los delitos económicos, si tenemos en cuenta la perspectiva criminológica y sobre todo si se trata de penas no demasiado largas que no pueden remitirse condicionalmente<sup>811</sup>.

En relación al efecto preventivo general, podemos valorar positivamente las penas privativas de libertad ubicadas en los apartados primero y segundo del artículo 319, en relación a los sujetos activos del delito: constructores, promotores y técnicos directores; aunque dicha pena, como hemos aludido anteriormente, puede ser modificada por los sustitutivos penales de arresto de fin de semana<sup>812</sup>, si bien no considero que dichas penas pierdan por ello su eficacia intimidatoria<sup>813</sup>.

---

<sup>809</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del 319 del CP, op. cit., pág. 1147.

<sup>810</sup> Encontramos un ejemplo en la SAP de La Coruña de 7 de marzo del 2000, en la cual a la hora de imponer una pena en relación al artículo 319 del Código Penal, y exceptuar la de inhabilitación especial, la impone en su grado mínimo, atendiendo a la circunstancia de que no había existido un requerimiento previo y lo construido es una nave y un cerramiento, en F.J. 8º, Sentencia nº 33/2000. Resuelve el recurso de apelación 21/2000.

<sup>811</sup> TIEDEMANN manifiesta que en el ámbito de los delitos económicos, las penas pecuniarias de elevado monto, quizás sean más eficaces, en Lecciones de Derecho Penal Económico...op. cit., pág. 274.

<sup>812</sup> En concreto el artículo 37 del Código Penal dispone en el apartado primero:

Una vez realizadas estas consideraciones generales, vamos a centrarnos en las penas impuestas a las personas físicas y, en un estudio separado, aludiremos a las penas impuestas a las personas jurídicas.

### **1. Pena para las personas físicas.**

Ante todo, debemos aludir, al tratar de la penalidad en las personas físicas, al punto de vista criminológico. Los ordenamientos jurídicos imponen penas privativas de libertad de no muy larga duración, que en la mayoría de los casos no dan lugar a privación de libertad; dichas penas, desde este punto de vista criminológico, son idóneas para la delincuencia económica y funcional asociada a ella, debido a que se trata de sujetos que se caracterizan por su amplia integración social, falta de problemas económicos y prestigio social, para los cuales la pena de prisión es muy elevada, por el shock que les produce el entrar -aunque sea por un periodo corto de tiempo- en un establecimiento penitenciario<sup>814</sup>. Dichas personas no necesitan ser resocializadas, que es la finalidad de la pena privativa de libertad, en este caso “se trata sencillamente de que el autor del delito económico no cometa nuevos delitos ante el coste personal y social que le ha comportado su condena. En este ámbito hay que referirse nuevamente a la necesidad de que tales hechos sean efectivamente perseguidos, sin ignorar que el mero sometimiento a un proceso penal supone ya un cierto grado de estigmatización y coste social para el imputado”<sup>815</sup>.

---

“1. La localización permanente tendrá una duración de hasta seis meses. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o posteriormente en auto motivado.

No obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado”.

<sup>813</sup> En este sentido, GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del 319 del CP, op. cit., págs. 1148 y 1149. En el mismo sentido, ACALE SÁNCHEZ, M. en Delitos urbanísticos...op. cit., pág. 323.

<sup>814</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. págs. 270 y 271.

<sup>815</sup> GARCÍA ARÁN M.: “El sistema de penas en los delitos económicos”, en TERRADILLOS BASOCO, J. M (Coord.): El nuevo Código Penal. La reforma necesaria. Actas de XII Curso de verano de San Roque, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 1992, pág. 78.

No se trata solamente de penas privativas de libertad que, frente a estos sujetos, causan un efecto preventivo general más elevado que el común para los delincuentes y que no suelen causar efectos desocializadores. Sin embargo, el recurso a estas penas sirve para afrontar desde un punto de vista penal, un fenómeno criminal que corresponde al ánimo de lucro, siendo necesario reivindicar las penas privativas de libertad para estos sujetos, como instrumento irrenunciable de una política criminal preventiva<sup>816</sup>. De esta manera, al tratarse de personas que dependen de su prestigio social, el establecimiento de la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, es idónea, desde mi punto de vista, para este tipo de personas, desde la perspectiva preventivo-especial, junto a la preventivo-general. No todos los ordenamientos jurídicos imponen la pena de inhabilitación para profesión, oficio o cargo, como el Código español<sup>817</sup>, aunque nada les impide imponer dicha pena como pena accesoria<sup>818</sup>. Las penas accesorias tienen una vida dependiente de la pena privativa de libertad, de manera que si la primera pena de prisión es suspendida, el resto de penas también habrán de quedar en el mismo estado<sup>819</sup>.

Refiriéndonos, en primer lugar a la pena privativa de libertad, prevista también en el artículo 319, debemos afirmar que constituye el eje actual de nuestro sistema penal<sup>820</sup>. Dicha pena, como ya hemos indicado, es la principal en este delito, estableciéndose el límite mínimo de un año y seis meses hasta el máximo de cuatro años, en relación a las obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables del apartado primero del artículo 319, y de uno a tres años en el caso del apartado segundo del mismo artículo, relativo a los autores que realicen estas obras no autorizables en suelo no urbanizable<sup>821</sup>. Considero que estas penas son aún de

---

<sup>816</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 271.

<sup>817</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo 1127/2009, de 27 de noviembre (RJ/2010/1024) especifica que la pena de inhabilitación se impone con la finalidad de que “para la promoción urbanística por sí, o como representante de una persona jurídica”.

<sup>818</sup> Vid. BAYLOS GRAU, A y TERRADILLOS ASOCO, J. M.: Derecho Penal del Trabajo, op. cit. 223.

<sup>819</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 272.

<sup>820</sup> GRACIA MARTÍN., L. (Coord.)/BOLDOVA PASAMAR., M. A/ ALASTUEY DOBÓN, M. C.: Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, Valencia, 1998, pág. 39.

<sup>821</sup> En atención a este tipo de penas, en el orden procesal, corresponde a los Jueces y Tribunales de la Sala de lo Penal, y a las Audiencias Provinciales, en sede de este recurso, de forma que no llegan o no suelen llegar al Tribunal Supremo. Esto se debe al artículo 14.3 de la LECR, que fue reformado por la Ley 36/1998, de 10 de noviembre. Sin embargo, encontramos una excepción en la STS de 26 de junio de 2001 (nº 1250/2000).

escasa duración, al igual que alguna doctrina estimaba en relación a la situación anterior a la reforma<sup>822</sup>.

En los anteriores Proyectos de reforma del Código Penal, durante los años 2007 y 2008, y durante la tramitación parlamentaria de la que hoy es la Ley Orgánica 5/2010, se elevaba la pena de prisión únicamente, con la finalidad de que dicha pena desplegara un efecto intimidante sobre los autores del delito. Todo ello, para otorgar una mayor consideración al bien jurídico protegido.

La elevación de las penas de prisión, por otra parte, que en el número primero se establece de un año y seis meses a cuatro años, en ningún caso, según ACALE SÁNCHEZ, podrá originar una pena de sustitución, de las previstas en el artículo 88 del Código Penal, aunque según la autora, nada impediría aplicarle el supuesto extraordinario que eleva el límite de la pena a dos años, en este supuesto la sustitución por la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad requeriría que se tratase de un reo no habitual, cuando además de “las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquellas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social”<sup>823</sup>. Al igual ocurre con la suspensión de la ejecución de la pena, pues sólo cabría decretarla cuando se hubiera impuesto su límite mínimo, no superando entonces los dos años que dispone el artículo 83 del Código Penal<sup>824</sup>.

---

<sup>822</sup> En este sentido, GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del 319 del CP., op. cit., pág. 1148. En otro sentido, COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S consideran que estas penas de corta duración, no deben de quedar al margen del sistema jurídico penal, en Derecho Penal. Parte General, 5ª Edición...op. cit., pág. 846.

<sup>823</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 274.

<sup>824</sup> El artículo 83 dispone:

“1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el Juez o Tribunal, conforme al art. 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el Juez o Tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:

1ª) Prohibición de acudir a determinados lugares.

2ª) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos.

3ª) Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida.

4ª) Comparecer personalmente ante el juzgado o Tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.

5ª) Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares.

En estos casos, para las pautas de comportamiento que puede imponer el juez en la sentencia, se dota de gran protagonismo a la participación en “programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de la defensa del medio ambiente, de protección de los animales y de otros similares”. Tras la redacción de dicho precepto por la LO 5/2010, se ha incorporado la referencia a los programas de protección de los animales y defensa del medio ambiente.

Tenemos que resaltar que la elevación de la pena de prisión, así como la inclusión de la multa calculada mediante el sistema proporcional en el artículo 319, modificado por la reforma 5/2010, no ha sido acompañada por la modificación, paralelamente, de la pena que corresponde a un sujeto activo de otro delito, como el relativo a la demolición de un edificio del artículo 321 del Código Penal<sup>825</sup>. Por ello ACALE SÁNCHEZ considera que se deja al patrimonio histórico inmobiliario en una situación de desprotección, sobre todo cuando se constata que si bien, una construcción no autorizable a priori, puede ser demolida, y recuperando el orden urbanístico vigente, los daños que sufre el patrimonio histórico, pueden ser, una vez que se destruye el inmueble histórico singularmente protegido, irrecuperables, debido a la pérdida cultural de dicho bien del patrimonio histórico, por muchas reconstrucciones que quieran hacerse del mismo. Con ello, dicha autora, opinión a la que me sumo, afirma que el equilibrio penológico que quiso establecer el legislador de 1995, se rompe. De *lege ferenda*, en este caso se entiende que es necesario

---

6ª) Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª de este apartado”.

2. Los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas”.

<sup>825</sup> El artículo 321 del Código Penal establece:

“Los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.

En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.

proceder a la elevación de las penas de las conductas ubicadas en el artículo 321 del Código Penal<sup>826</sup>.

Es obvia, pues, la elevación de la pena, y además, y en ello vamos a insistir, incluyéndose la multa proporcional-para los casos en que se ha producido un elevado beneficio económico- como alternativa a las penas multa que se han calculado por el sistema de días multa, y junto a ello, como indicamos, elevándose también la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, reflejándose, como hemos indicado, la importancia cualitativa que el legislador ha querido dar al bien jurídico protegido, que sería en este caso “la ordenación del territorio y el urbanismo”.

Respecto a la pena de multa, estoy de acuerdo con ACALE SÁNCHEZ en que, de todos los cambios que se han producido con la reforma 5/2010, incluido el relativo a la elevación de las penas, el más importante a efectos cualitativos, ha sido, sin duda, la inclusión de la alternativa de la pena de multa que puede ser calculada mediante el sistema de días multa o bien proporcionalmente, según el tanto de la cuantía del beneficio obtenido, estableciéndose su cuantía del tanto al triplo del beneficio<sup>827</sup>. Según explica la exposición de motivos de la Ley 5/2010, “a fin de evitar la consolidación de los beneficios del delito por parte beneficio obtenido el infractor, se perfecciona el sistema en lo que respecta a la pena de multa, estableciéndose, junto a la ya existente previsión de multa por cuotas diarias, la imposición de multa proporcional para aquellos casos en que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante de la aplicación de aquella”. En relación a la pena de multa, mediante la cual se condena al pago por parte del sujeto activo del delito (artículo 50 del Código Penal<sup>828</sup>, que también fue modificado), su

---

<sup>826</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 274.

<sup>827</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 272 y 273.

<sup>828</sup> El artículo 50 dispone, en su vigente redacción, lo siguiente:

- “1. La pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria.
2. La pena de multa se impondrá, salvo que la ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa.
3. Su extensión mínima será de diez días y la máxima de dos años. Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años.
4. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta.

duración en el Código Penal de 1995, estaba prevista, en principio, de doce a veinticuatro meses y su cómputo se realizaba conforme al sistema de días-multa o modelo escandinavo. La multa se determina atendiendo a dos momentos: en el primer momento se configura el número de las cuotas (extensión temporal de la multa) y en el segundo se establece la cantidad que corresponde a cada cuota, atendiendo a la capacidad económica del reo<sup>829</sup>. Sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, la pena de multa es en los apartados primero y segundo del artículo 319, de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la pena de multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio.

Algún sector de la doctrina, en relación a la multa, prefería el sistema de días-multa siempre y cuando se basase en la suma global<sup>830</sup>. Pero a mi juicio, y para otro sector doctrinal, la previsión de la pena de multa en el vigente Código Penal (tras la reforma) merece un juicio positivo, ya que el cálculo atendiendo a la capacidad económica del reo en función de su patrimonio, ingresos, obligaciones y circunstancias personales<sup>831</sup> se ajusta a las circunstancias de proporcionalidad<sup>832</sup>. En este sentido, atendiendo a que dichos delitos sean cometidos tanto por particulares como por profesionales, para GÓRRIZ ROYO, el sistema de días-multa resulta ante el hecho de considerarse un delito común, a todas luces más equitativo e igualitario

---

5. Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del Capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

6. El Tribunal, por causa justificada, podrá autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los plazos que se determinen. En este caso, el impago de dos de ellos determinará el vencimiento de los restantes”.

<sup>829</sup> VALDECABRES ORTIZ, I., “Comentarios a los artículos 50 a 52 del CP”, en Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I (coord. VIVES ANTÓN), Valencia, 1996, págs. 340 a 344.

<sup>830</sup> COBO DEL ROSAL, M. /VIVES ANTÓN, T. R, en Derecho Penal. Parte General, 5ª edición....op. cit. pág. 841. También, entre otros, QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. /PRATS CANUT, M., en Curso de Derecho Penal, 1ª edición, Barcelona, 1996, pág. 526.

<sup>831</sup> El artículo 50 in fine del Código Penal dispone: “Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del Capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo”.

<sup>832</sup> Atendiendo a los criterios del artículo 50.4 del Código Penal de 1995, BLANCO LOZANO, considera que la multa “...puede oscilar entre una cantidad mínima de 72.000 pesetas y una máxima de 36.000.000 de pesetas (432 a 216.364 euros).” En El delito urbanístico..., op. cit., pág. 173.

ante la ley<sup>833</sup>, ya que según esta autora previsiblemente en el caso de que los delitos se cometan por técnicos directores, constructores y promotores profesionales, la pena de multa será alta, siempre dentro de los márgenes legales.

Sin embargo, se ha excluido el cálculo de la multa por el sistema de proporcionalidad, y en su lugar se aplicarán los criterios dispuestos en el artículo 52.1 del Código Penal, cuando éste lo determine<sup>834</sup>. Aunque esta clase de multas supone un instrumento de considerable eficacia respecto a los delitos socioeconómicos<sup>835</sup> como ejemplo, su viabilidad en los delitos se encuentra relacionada también con la criminalidad medioambiental, como ocurre en el caso de los delitos del artículo 319 del Código Penal de 1995, que puede ser cuestionable<sup>836</sup>, como lo ha sido con la modificación de la reforma operada por la Ley 5/2010.

Consideramos que la multa calculada por el sistema de días multa, en un futuro, va a quedar relegada a aquellos supuestos en los que el promotor o constructor de la obra, ya se trate de obras de urbanización, construcción o edificación, sea un particular, no profesional de la construcción<sup>837</sup>; la multa calculada mediante el sistema proporcional, será en cambio de aplicación para aquellos supuestos en los que el autor sea un profesional de la construcción cuya actuación se realice con la finalidad de obtener un beneficio superior económico, mediante las operaciones que realiza, resultando así, por otro lado, su actuación, la mayoría de las veces, en el marco de una persona jurídica, cuya pena examinaremos a continuación.

---

<sup>833</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del 319 del CP, op. cit., págs. 1150 y 1151.

<sup>834</sup> El artículo 52. 1 dispone:

“1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y cuando el Código así lo determine, la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo”.

<sup>835</sup> VALDECABRES ORTIZ, considera la multa proporcional como instrumento eficaz en los delitos como los fraudes a Hacienda y a la Seguridad Social, en Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I (coord. VIVES ANTÓN), Valencia, 1996, pág. 344.

<sup>836</sup> Máxime incluso si ha llegado a ser cuestionable respecto de algunos delitos socioeconómicos. Se critica, por lo tanto, el establecimiento de la multa proporcional. Con respecto a ello, véanse las objeciones de GRACIA MARTÍN, L., en Lecciones...op. cit., pág. 156 y 157.

<sup>837</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 213/2009, de 27 de mayo (JUR/2010/1888719), en la que se tiene en consideración para pagar la cuantía de la multa, no solamente el caudal económico del autor del delito, sino además que este reo haya tenido posibilidades económicas para llevar a cabo de propia mano el delito de la construcción. De esta manera se considera que “la construcción ilegal misma, con recursos propios, también es un signo de capacidad económica válido para ponderar la correcta aplicación del artículo 50 del Código Penal, por más que en este caso se trate de una construcción de pequeño tamaño con estructura y materiales más bien básicos”.

Para concluir con esta relación de penas, modificada por la reforma 5/2010, debemos insistir en que la imposición de la pena de la inhabilitación del ejercicio de la profesión, oficio o cargo, como aludíamos anteriormente, se podría, a nivel teórico interpretar como un indicio de que se trata de un delito especial, opinión que, como pusimos de manifiesto no compartimos, salvo con la matización referida al supuesto de que el sujeto activo sea un “técnico director”. El mantenimiento y ampliación de la duración de esta pena viene, asimismo, y como hemos manifestado a destacar la mayor relevancia adquirida en los últimos años, y por circunstancias de todos conocidas, del bien jurídico protegido en los delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo.

El artículo 319, antes y después de la reforma operada por la Ley 5/2010, ha mantenido la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, respecto a la delincuencia relacionada con estos delitos, si bien se ha considerado que no resulta del todo suficiente la limitación de los sujetos activos a los constructores y promotores profesionales<sup>838</sup>, y además, ello se fundamentaría en el artículo 45 de la Constitución Española<sup>839</sup>. Así pues, ante el artículo 319, debería imponerse inhabilitación profesional para oficio o cargo, en el caso en el que la profesión que ejerza el sujeto activo haya servido para cometer “delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo”, reiterándose en el texto vigente y en otros proyectos legislativos anteriores, dicha pena<sup>840</sup>.

---

<sup>838</sup> En este sentido, GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del 319 del CP, op. cit., pág. 1149.

<sup>839</sup> Recordamos que el artículo 45 de la Constitución Española dispone: “1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

<sup>840</sup> Nos referimos a la profesión u oficio que se utiliza para delinquir. De esta manera, se puede considerar que a excepción de la PANC de 1983, en los demás textos se prevé la pena de inhabilitación especial, “en todo caso”, sin excepción. Los artículos 382 y 384 del Código Penal del PLOCP de 1980, entre otros, prevén la pena de prisión y “en todo caso, inhabilitación para profesión u oficio por tiempo de seis a diez años”. Incluso dicha previsión, además, aparece en los artículos 315.2 y 316 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1995.

La pena de inhabilitación especial en el caso de los particulares quedará excluida o su imposición se restringirá, en el sentido en que aludimos, al caso de que se trate de particulares, promotores o constructores, que quieran realizar de nuevo una construcción o edificación<sup>841</sup>. El Tribunal Supremo interpreta que la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio que se prevé en el artículo 319, en el caso de promotores o constructores no profesionales, es decir particulares no deja de tener sentido. Dichas actividades, según el alto Tribunal están sometidas a licencia y por lo tanto se encuentran relacionadas con la Administración<sup>842</sup>. El Tribunal Supremo, exige que se concrete dicha relación expresa y motivadamente en la sentencia<sup>843</sup>. Esta doctrina jurisprudencial vendría a confirmar la consideración de que, con las matizaciones ya expuestas, nos encontramos ante un delito común.

## **2. Pena para las personas jurídicas.**

La reforma realizada en el Código Penal por la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, fue justificada por las obligaciones internacionales a que se encuentra sometido nuestro país, dentro del contexto europeo e internacional. Dicha normativa española, de 2010, tiene excepciones respecto a los sujetos que pueden cometer los delitos, por ejemplo, excluye de responsabilidad al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos autónomos, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, los partidos políticos y sindicatos, las organizaciones internacionales de derecho público, y a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas, o cuando se trate de Sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

---

<sup>841</sup> Se entiende de esta manera por la SAP de La Coruña de 7 de marzo de 2000, en la cual dicho tribunal condena a un particular no profesional de la construcción por la realización del delito del artículo 319.1 del Código Penal (F. D. 8º). En sentido próximo, la SAP de Jaén de 29 de mayo de 2000 (nº 108/2000), que concreta la inhabilitación especial respecto al particular en “...promover o construir nuevas edificaciones...” (F. D 1º).

<sup>842</sup> El alto Tribunal no proporciona más datos, por lo que GÓRRIZ ROYO no considera de recibo interpretar que el solicitante de licencia se haya sometido a una relación de sujeción especial con respecto a la Administración. Cfr. GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del 319 del CP., op. cit., pág. 1150.

<sup>843</sup> STS de 26 de junio de 2001, nº 1250/2001, F. J 3º.

Sin embargo, y según VALLS PRIETO, en la regulación comunitaria nos encontramos con que la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, en su artículo 2 d) excluye únicamente la responsabilidad de los Estados, los organismos públicos que actúen en el ejercicio de la potestad de los Estados y las organizaciones internacionales públicas. De la misma forma, la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la trata de los seres humanos, y a la protección de las víctimas, por la que se deroga la Decisión Marco 2002/629/JAI, en su artículo 4.4 contiene las mismas excepciones. Más aún, la Decisión Marco sobre lucha contra el terrorismo hace una referencia genérica a las personas jurídicas, con la única excepción de las actividades de las fuerzas armadas en período de conflicto armado, en el sentido de estos términos en Derecho internacional humanitario, que se encuentra regulado por dicho ordenamiento, o actividades de las fuerzas armadas de un Estado en el ejercicio de sus funciones oficiales, en la medida en que se rigen por otras normas del Derecho internacional. De la misma forma, se contienen estas excepciones en los artículos 6 y 7 de la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas; en el artículo 5 de la Decisión Marco 2003/565/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado y en los artículos 8 y 9 de la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información<sup>844</sup>.

Las últimas Decisiones Marco no establecen con precisión si el tipo de sanciones han de ser administrativas o penales<sup>845</sup>, entendiéndose que tienen, más bien, naturaleza administrativa. Sin embargo, las normativas comunitarias en materia de medio ambiente y terrorismo se incluirían pero los sujetos exentos son diferentes a los regulados en nuestro Código Penal, siendo mayor el número de excepciones que se regulan en nuestro texto punitivo y que podrían generar un conflicto con la

---

<sup>844</sup> VALLS PRIETO, J.: “Las exenciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿Son responsables los partidos políticos y sindicatos?” en Cuadernos de Política Criminal, número 104, II, época II, octubre 2011, págs. 110 y 111.

implementación en la normativa comunitaria. Como se puede observar, el legislador comunitario no entra en debate con la tradición jurídica de cada Estado, sino que lo da por superado<sup>846</sup>.

Como en otros apartados de este trabajo hemos adelantado, en los Códigos penales hasta ahora vigentes, las personas jurídicas no incurrían nunca en responsabilidad penal, sin embargo en algunas ocasiones sí incurrían en responsabilidad civil. Tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se considerarán sujetos de la responsabilidad penal, entre otros, en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. La referencia expresa, se ubica en un único apartado, dedicado a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en este artículo; en concreto, es el apartado cuarto del artículo 319 del Código Penal.

Tras la reforma de la LO 5/2010, y de acuerdo con el sistema de *numerus clausus* del artículo 31 bis, se introduce en España en el artículo 319. 4 del Código Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo como uno de los ámbitos en los que puede exigirse tal responsabilidad a entes corporativos (artículo 31 bis, apartado quinto del Código Penal)<sup>847</sup>.

La realidad criminológica moderna, organizada, transnacional, corporativa, socio-económica, nos muestra que la mayoría de los delitos son cometidos por entes colectivos complejos, jerarquizados, en los que predomina la división del trabajo, siendo en algunos casos solamente cometidos por corporaciones. En este caso, la protección efectiva de los bienes jurídicos colectivos como el medio ambiente, la salud pública, los delitos contra los trabajadores..., cuya vulneración tiene gran

---

<sup>845</sup> Sobre la distinción, a estos efectos, entre normas penales y administrativas vid. ZUGALDIA ESPINAR, J. M., MARÍN ESPINOSA CEBALLOS, E. y PÉREZ ALONSO, E.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Lima, 2010, págs. 24 y 25.

<sup>846</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “Societas delinquere non potest. Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio”, La Ley, 2010, pág. 1.

<sup>847</sup> Cfr. OLMEDO CARDENETE, M.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y medio ambiente (I). Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit., pág. 706.

transcendencia social y económica en los últimos tiempos, plantea nuevos retos a la dogmática penal fundamentada en la responsabilidad individual<sup>848</sup>.

En el ámbito penal, las demandas de eficacia y prevención de la nueva macrocriminalidad, han dado lugar a soluciones “flexibles” en el campo de la imputación objetiva, omisión y responsabilidad individual para llegar a la responsabilidad penal de los que intervinieron en casos como el del aceite de colza. Los jueces, en aquel caso, se encontraron ante el dilema de tener que absolver por falta de herramientas dogmáticas para imputar penalmente los delitos, en los que intervinieron pluralidad de personas, con distintas clases de comportamiento (acción u omisión: doloso o culposo), con cursos causales complejos (en el tiempo y en el espacio), o flexibilizar los conceptos dogmáticos para declarar la responsabilidad penal de los directivos.

Según ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, dichos casos resultan paradigmáticos debido a la incapacidad del sistema dogmático de la responsabilidad individual, para hacer frente a un delito cometido por las corporaciones. El costo de dicho sistema resulta elevado y conlleva el sacrificio de los principios fundamentales de la teoría del delito, pudiendo, asimismo, sentar precedentes negativos de cara a la salvaguarda de las garantías irrenunciables de la responsabilidad penal por el hecho cometido. De esta manera, aceptan esta adaptación de las categorías para hacer frente con eficacia a la nueva criminalidad, lo que puede suponer la paulatina transformación del Derecho Penal sustentado en la lesión a bienes jurídicos, lo que constituye un Derecho Penal orientador de conductas, en el cual la responsabilidad se fundamenta en la infracción de un deber<sup>849</sup>.

Una vez que hemos aludido a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en general, nos centramos en lo que supone la responsabilidad penal de las personas jurídicas como un círculo cerrado, y más en concreto, desde la perspectiva del artículo 319. 4 del Código Penal, posterior a la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, acerca de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo;

---

<sup>848</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: Bases para un Modelo de imputación de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2009, págs. 123 y 124.

estaríamos en el caso de que el sujeto activo del delito sea una empresa constructora o promotora, en el que sería ya una persona jurídica la que delinque y no una persona individual (ya sea un particular o profesional de la construcción), como era habitual antes de la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio.

Conforme el artículo 319.4 del Código Penal, “en los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, debida a la LO 5/2010, nos llevará a introducir nuevos principios en nuestro Derecho Penal, para dar entrada a una concepción diferente a la hasta ahora vigente, en relación a la culpabilidad, y a la capacidad de acción como pilares de la responsabilidad penal<sup>850</sup>.

La responsabilidad de las personas jurídicas, desde una perspectiva político-criminal y dogmática, se puede y se debe exigir. Pese a ello, las legislaciones históricas, como hemos apuntado, han hecho caso omiso al debate académico sobre la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas. Al carecer ello de sentido y por puras razones de necesidad y pragmáticas, el sujeto activo del delito se ha visto ampliado a las personas jurídicas en Derecho Penal, con la finalidad de combatir la criminalidad económica organizada.

La sociedad ha de adaptarse a las circunstancias socioeconómicas que la rodean, y que hacen necesario que, junto con otras ramas del ordenamiento jurídico, además de la penal, se modifiquen de esta manera principios que desde un primer

---

<sup>849</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: Bases para un Modelo de imputación de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, op. cit., pág. 124.

<sup>850</sup> GÓMEZ BERNABÉU, I.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en, VII Congreso Tributario, Madrid, mayo, 2011, pág. 169.

momento parecían inmutables. Dichos principios se modifican con la finalidad de castigar las conductas que cada día aparecen con mayor intensidad y que no han de mantenerse fuera del Derecho Penal, como hasta ahora habían estado en relación a algunos delitos específicos, en los cuales la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es de suma importancia, como en el caso que nos ocupa, como es la responsabilidad de las personas jurídicas del artículo 319 del Código Penal, posterior a la LO 5/2010, de 22 de junio, en relación al cual las personas jurídicas delinquen y han de ser castigadas, por lo tanto, como sujetos activos del delito.

El legislador ha querido dar respuesta al fenómeno del crimen organizado internacional con intervención de las personas jurídicas, de acuerdo con las experiencias existentes en el Derecho Comparado, los Convenios internacionales firmados y los dictados del Derecho Comunitario que vinculan a España, aunque también es verdad, que estos no nos exigían una modificación como la que se ha llevado a cabo.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, como hemos indicado, se establece tan sólo en relación a determinados delitos, entre los que destacan los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo<sup>851</sup>, en relación a los cuales, las penas a imponer en el artículo 319.4 son las de multa de uno a tres años, “salvo

---

<sup>851</sup> Los delitos en que las personas jurídicas tienen responsabilidad penal, según el artículo 31 bis del Código Penal, serían los siguientes:

- Tráfico ilegal de órganos;
- Tráfico de seres humanos;
- Prostitución y corrupción de menores;
- Delitos contra la intimidad y allanamientos informáticos
- Fraude;
- Insolvencias punibles;
- Daños informáticos;
- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, delitos contra el mercado;
- Blanqueo de capitales;
- Delitos contra la Hacienda Pública y la Administración de la Seguridad Social;
- Delitos contra los derechos de extranjeros;
- Delitos de construcción, edificación y urbanización ilegal;
- Delitos contra el medio ambiente;
- Delitos relacionados con la energía nuclear;
- Delitos de riesgo provocado por explosivos;
- Delitos contra la salud pública, tráfico de drogas;
- Falsificación de los medios de pago; cohecho;
- Tráfico de influencias;
- Corrupción de funcionario extranjero;
- Delincuencia organizada, y
- Financiación del terrorismo.

que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio”; a lo que se añade: “atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

Con el establecimiento de estas penas, como es lógico, se pretende que las personas jurídicas no vuelvan a delinquir. Ello se refleja, asimismo, en las reglas de determinación de la pena que se han incorporado a raíz del artículo 66 bis, con remisión expresa a algunas de las establecidas en el artículo 66 del Código Penal<sup>852</sup>. Mediante dicho artículo se manifiesta, como ACALE SÁNCHEZ pone de relieve, que a pesar de que sólo quepa hacerlas responder mediante los supuestos previstos anteriormente, y de que en todos ellos se prevea la multa por el sistema de días multa o en su caso por el sistema proporcional, según el principio de legalidad, dependiendo del caso concreto, el Juez o Tribunal que corresponda, seleccionará del catálogo de penas, aquella que considere más apropiada, según el principio de

---

<sup>852</sup> El artículo 66 del Código Penal dispone:

“1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1ª) Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

2ª) Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

3ª) Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

4ª) Cuando concurran más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior.

5ª) Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo Título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6ª) Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

7ª) Cuando concurran atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.

8ª) Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

2. En los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior”.

oportunidad y atendiendo a las circunstancias modificativas de la responsabilidad que acompañan al hecho cometido y además a su “necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos”; “sus consecuencias económicas o sociales y especialmente los efectos para los trabajadores”; y “el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control”.<sup>853</sup>

En relación al tiempo de duración de las penas establecidas, la regla establecida en el artículo 66 bis del Código Penal, distingue dos grupos que dotan de fisonomía al ámbito de la proporcionalidad, cuando de penas temporales se trate; en concreto, desde las letras c) a g) del artículo 33.7, “no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por la persona física”, a lo que se añade que para que tengan una duración superior a dos años, es necesario que o la persona jurídica “sea reincidente” o “se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”.

El segundo grupo de reglas se refiere a la imposición con carácter “permanente” de las sanciones de las letras b) y e), así como a la imposición por un plazo superior a cinco años para las penas previstas en los apartados e) y f); en ambos casos se exige la reincidencia cualificada para las personas físicas que se define en la regla 5ª del primer número del artículo 66, y además, que “la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante el último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”.

De igual manera que ocurre con las personas físicas y para finalizar con las penas a imponer, el artículo 33.7 *in fine*<sup>854</sup> establece que, además de todas las penas

---

<sup>853</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. págs. 274 y 275.

<sup>854</sup> Según este artículo, introducido por L.O. 5/2010, las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

“a) Multa por cuotas o proporcional.

referidas, “la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”, poniendo así, de esta manera, de manifiesto su finalidad puramente inoquizadora en esta fase del proceso. No se hace ninguna salvedad al respecto, por lo que tenemos que entender de aplicación en estos casos el artículo 58 del Código Penal<sup>855</sup>, en virtud del cual, será abonado el tiempo sufrido cautelarmente, para el cómputo de la pena impuesta en la sentencia, siempre y cuando la medida cautelar “sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se prende abonar”. De la misma manera y según describe el artículo 59 del Código Penal, si la pena impuesta a la

---

b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”.

<sup>855</sup> Este artículo dispone:

1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.

2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.

4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente”.

persona jurídica, finalmente es de diferente naturaleza a las acordadas como medidas cautelares, “el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada”.

La pena económica a imponer, como regla general, a las personas jurídicas, viene establecida por el artículo 33.7 a) del Código Penal, tratándose la “multa por cuotas o proporcional”; sin embargo, el artículo 319.4 excluye la aplicación de este apartado, habiendo de estar, simplemente, a lo dispuesto en el primer apartado de este artículo, que se refiere a la “multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple el montante de dicho beneficio”. No obstante, indirectamente, el artículo 52. 4, al regular la manera de calcular la pena de multa para las personas jurídicas, señala que serán proporcionales “al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida”. Se trata, entonces, de una multa que ignora el patrimonio de la persona jurídica, al igual que ocurre en el mismo sentido con las personas físicas en el sistema de días multa, lo que la acerca al sistema proporcional o por cuotas, aunque dicho nombre -por “cuotas” o “proporcional”- pueda dar lugar a entender que se encuentre a caballo entre el sistema de multa de días multa y el sistema proporcional de las personas físicas<sup>856</sup>.

El legislador no establece ningún orden de prioridad, en el artículo 33.7 del Código Penal, declarando que todas las penas tienen la consideración de graves.

En el supuesto de la multa proporcional o por cuotas, de acuerdo con el artículo 52 del Código Penal, la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, añadiendo en el apartado cuarto, que de no ser posible calcularla con arreglo a estos criterios el Juez o Tribunal habrá de motivar tal imposibilidad y sustituirá la multa proporcional por multa por cuotas.

---

<sup>856</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 276.

Si se establece una multa al sujeto activo de una construcción ilegal, pero por la imposibilidad de hacerlo de manera proporcional, conforme al artículo 52. 4 del Código Penal<sup>857</sup>, ha de multarse mediante el sistema de cuotas.

Conviene recordar aquí, que conforme el artículo 31 bis 2, apartado segundo, cuando por unos mismos hechos se multa a la persona física y a la persona jurídica, el juez o tribunal deberá modular las respectivas cuantías, de manera que la suma resultante no sea desproporcionada con la gravedad de los hechos. Es decir, y como ejemplo, se debe castigar de una forma más grave a quien construye un residencial de chalets adosados que al que construye una única vivienda de uso particular.

Junto a la pena preceptiva de multa, el resto de las penas que son aplicables a las personas jurídicas y contenidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 del Código Penal, solamente aparecen como facultativas. Serían las siguientes:

-La disolución de la persona jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. Se va a añadir, además, que ésta “producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar cualquier clase de actividad, aunque sea lícita”. Entonces podemos llegar a la conclusión de que se trata de una pena perpetua que, según ACALE SÁNCHEZ, y visto su contenido es así, es la más grave de las penas incluidas en el artículo 33. 7 del Código Penal, una vez modificado por la LO 5/2010. Atendiendo a su contenido afflictivo y las previsiones contenidas en el artículo 66 bis del Código Penal, el Juez o Tribunal solamente podrá recurrir a ella en los casos de mayor gravedad.

---

<sup>857</sup> El artículo 52. 4 dispone en concreto:

“4. En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes:

a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.

c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos”.

-La suspensión de actividades por un plazo de cinco años. Lo que supondría que una empresa constructora tendría que dejar de construir en este plazo a pesar de que la actividad sea lícita. Se va a prever al respecto de la misma que lo será “por un plazo que no puede exceder de cinco años”. Dicha pena se corresponde con la suspensión de empleo que se encuentra prevista en el artículo 33. 3 c) del Código Penal para las personas físicas, su contenido aflictivo se limita a la suspensión de sus actividades durante un periodo de tiempo determinado, pasado el cual, podrá volver a dedicarse a éstas o a otras actividades similares.

-La clausura de los locales o establecimientos de las personas jurídicas, señalando al respecto que lo será “por un plazo que no podrá exceder los cinco años”. Entonces se procede al cierre de establecimientos o locales de la persona jurídica que en puridad de principio, habrán de haber sido utilizados con la finalidad de cometer el delito, pues de lo contrario, desde una perspectiva de prevención especial, tendríamos que recurrir a otras penas. El cumplimiento de dicha pena, no prohíbe al ente colectivo existir, como tal, durante el tiempo en que esté condenada y dedicarse a sus actividades en caso de que ello sea posible, pero sin poder usar sus locales o establecimientos<sup>858</sup>.

-Por otra parte, nos encontramos con la prohibición de realizar en un futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Dicha prohibición podría ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. En concreto, estaríamos ante la prohibición de que una empresa constructora o promotora, construya o promueva una construcción. Dicha prohibición, como antes hemos analizado, puede ser permanente, lo que significaría “definitiva”, o a perpetuidad (por lo cual la empresa tendrá que dedicarse a realizar otra actividad), o temporal, con una duración máxima de quince años. Las actividades concretas del objeto de prohibición habrán de ser detalladas por el juez en la sentencia, pues en este caso no cabe una prohibición genérica, indeterminada, es decir para todo tipo de actividades, en la medida en que se produciría entonces, un flagrante solapamiento con otras penas.

---

<sup>858</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 277.

-Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. En este caso, se trata de una pena temporal a imponer a las personas jurídicas que no debe exceder de quince años. Anteriormente a la reforma operada por la LO 5/2010, el Código Penal ya contemplaba esta posibilidad en relación a las personas físicas, en el marco de los delitos contra la Hacienda Pública, de los artículos 305. 1 y 308. 3 del Código Penal. Ahora se incorpora al catálogo general de penas de las personas jurídicas del artículo 33.7. Sin embargo, no parece que tenga la finalidad de desvincular la imposición de pena al hecho cometido; dicha pena de inhabilitación, con carácter general solamente podrá aplicarse, en los casos en los que las concretas actividades delictivas, se hayan estado realizando mediante subvenciones y ayudas de carácter público.

-Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. Es decir, en una empresa constructora se puede intervenir judicialmente para salvaguardar los derechos de sus obreros, durante un tiempo no superior a los cinco años o además, con la finalidad de que la empresa constructora pague a sus acreedores.

Dicha intervención judicial podrá afectar a la totalidad de la empresa, por ejemplo, o limitarse a afectar únicamente a alguna de sus secciones o unidades de negocio. Para ello, el Juez o Tribunal, en sentencia, o posteriormente mediante auto, determinará el contenido de dicha intervención, de manera exacta y quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar la autoridad judicial las labores de seguimiento. Esta intervención se podrá modificar o suspender en todo momento, previo el informe del interventor y del Ministerio Fiscal. Asimismo, el interventor, tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria<sup>859</sup>. La finalidad de esta pena es precisamente la de evitar que sus efectos

---

<sup>859</sup> GÓMEZ BERNABEU, I.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., pág. 179.

recaigan sobre sus trabajadores y acreedores, una de las mayores críticas que durante años ha cosechado la posibilidad de admitir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas<sup>860</sup>.

Lo anterior, debe completarse, como vimos, con las reglas para la aplicación de las penas a las personas jurídicas que recoge el artículo 66 bis del Código Penal<sup>861</sup>, que se remite a las reglas generales del artículo 66, pero con algunas especialidades que conviene recordar.

Por ejemplo, cuando la pena a imponer sea la disolución, suspensión de actividades relacionadas con el delito cometido o inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas, para contratar con el sector público o para gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, es decir, todas las que se

---

<sup>860</sup> Para ACALE SÁNCHEZ, observación que comparto, y que ya pusimos de manifiesto, lo que llama la atención es que no se haya procedido a incorporar el castigo de los entes colectivos en el ámbito de los delitos contra el patrimonio histórico, pues además en estos concretos, se trata de conductas que se desenvuelven en el ámbito de las personas jurídicas que se lucran mediante la demolición de los edificios especialmente protegidos por los valores que les caracterizan en el ámbito cultural, y que especulan con el valor del suelo libre resultante, ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio op. cit. págs. 277 y 278.

<sup>861</sup> El artículo 66 bis dispone:

“En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del art. 66, así como a las siguientes:

1ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33 habrá de tenerse en cuenta:

a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.

b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.

c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

2ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del art. 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que la persona jurídica sea reincidente.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del art. 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5ª del primer número del art. 66.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”.

contemplan salvo la intervención judicial, se tendrán en cuenta para decidir sobre su imposición y extensión los siguientes criterios:

-Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos. Por ejemplo, ante el caso de una empresa constructora que pese a las multas y sanciones continúa construyendo viviendas ilegales sin cesar la actividad delictiva.

-Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores. El despido, puede ser la consecuencia que, para los trabajadores de una empresa constructora, tenga el cese de dicho negocio constructivo.

-El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. Es decir, en nuestro caso, el puesto que ocupa cada una de las personas que trabaja en la empresa constructora y que debieran evitar, en cumplimiento de su deber de control, la actividad delictiva.

Cuando las penas anteriores, exceptuando la disolución, se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder de la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito hubiese sido cometido por una persona física. Además, para la imposición de estas penas por tiempo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

-Que la persona física sea reincidente. Es decir, que no sea la primera vez que la empresa constructora edifica una construcción ilegal.

-Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, entendiéndose que se está en este supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. Por ejemplo, el uso de una empresa constructora que trabaja lícitamente con la finalidad de delinquir.

Para la imposición con carácter permanente de las penas de disolución y prohibición de realizar actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, así como para la imposición de esta última pena y de la

inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público o para gozar de beneficios o de incentivos fiscales de la Seguridad Social por tiempo superior a cinco años, será necesario que concurra alguna de las dos circunstancias siguientes:

-Que se esté en el supuesto de hecho de la regla quinta del artículo 66.1, multirreincidencia, por haber sido condenada la persona jurídica, al tiempo de cometer el delito, al menos por tres delitos cometidos en el mismo Título del Código Penal, y siempre que sean de la misma naturaleza. Es decir, y como ejemplo en nuestro caso, que la empresa constructora haya cometido al menos tres delitos de los previstos en el artículo 319 del Código Penal, como levantar una construcción ilegal en suelo no urbanizable que además sea una zona considerada de especial protección.

-Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, entendiéndose que se está en este supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. En nuestro caso, se trataría de una persona jurídica, una empresa constructora con fines de construcción legales, que es utilizada como el medio para cometer ilícitos penales, como construcciones ilegales.

Una posible confusión se deriva del artículo 53.5 del Código Penal, que dispone la posibilidad del pago “fraccionado” o por cuotas, de la pena de multa de las personas jurídicas. En este artículo se establece lo siguiente: “podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a la persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma”. En este sentido, frente a la duración máxima de la pena de dos años, de las penas de multa impuestas por el sistema de días multa a las personas físicas, el límite máximo de la multa a imponer a las personas jurídicas es de cinco años.

Para los casos en los que no es posible calcular el beneficio obtenido o facilitado, o el perjuicio causado o el valor del objeto, o la cantidad defraudada o indebidamente obtenida con el delito cometido, el Juez o Tribunal tendrá, en todo caso que determinar los motivos por los cuales no es capaz de realizar dicho cálculo y en ese caso se procederá a sustituir la cantidad exacta por otra aproximada en virtud de las siguientes reglas: si el delito cometido por las personas físicas tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años, se impondrá a la persona jurídica una pena de “multa de dos a cinco años”; si la pena de prisión es de más de dos a cinco años menos un día, se le impondrá una “multa de uno a tres años”, y finalmente, en el resto de los casos se impondrá “multa de seis meses a dos años”.

En suma, las personas jurídicas no solamente tienen responsabilidad penal como sujetos activos del delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, sino que destaca el hecho de que las penas son superiores en cuantía a las de las personas físicas, además de la gran relevancia que, en relación a las mismas, tienen las penas accesorias a que nos hemos referido.

### **III. LA FACULTAD DE ORDENAR LA DEMOLICIÓN DE OBRA.**

Una de las modificaciones de la Ley 5/2010, como hemos indicado, muestra una clara intención del endurecimiento, en relación a las consecuencias derivadas para los autores de los delitos urbanísticos<sup>862</sup>.

En el Código Penal de 1995, en su anterior redacción, la posible demolición de la obra en relación a los delitos urbanísticos, se ubica en el artículo 319.3, cuyo contenido reza de la siguiente manera: “En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio a las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.

---

<sup>862</sup> Cfr. SOUTO GARCÍA, E. M.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, en FARALDO CABANA, P. (Dir.), PUENTE ABA, L. M (Coord.): Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 154.

Actualmente, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, la demolición de obra no varía su ubicación, pero el precepto amplía su contenido, disponiendo: “En cualquier caso los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubiesen podido experimentar”.

De estas tres consecuencias jurídicas derivadas del artículo 319, hemos de resaltar que ninguna de ellas, tienen propiamente la consideración de pena, debido a lo cual no se rigen en atención a los fines de las penas, ni tampoco tienen en consideración los principios que limitan la determinación de la pena, en especial, el de proporcionalidad, aunque por otra parte, es cierto que en materia de comiso se ha abierto la puerta a una regla acerca de la proporcionalidad específica del artículo 128 del Código Penal<sup>863</sup>.

Las reformas operadas en el artículo 319.3, pueden ser criticables, tanto por no haber modificado la regulación de la demolición, como por haber incorporado la referencia expresa al comiso.

La posible demolición de la obra, constituye una medida que potestativamente puede acordar la autoridad judicial y que está destinada al restablecimiento de la legalidad de la situación al momento previo a la comisión del hecho delictivo. El coste de las obras de demolición será asumido por el reo que, igualmente, deberá hacer frente al pago de las correspondientes indemnizaciones a aquellas personas que, por ejemplo, hayan adquirido el bien a través de una

---

<sup>863</sup> Este artículo 128 del Código Penal dispone:

“Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente”.

compraventa en la creencia de que se trataba de una construcción perfectamente legal<sup>864</sup>.

Se trata, en todo caso, de una medida de carácter potestativo, que se refiere a las edificaciones realizadas en conexión a la comisión de los delitos tipificados en el artículo 319 del Código Penal, que corre a cargo del autor de tales delitos y que deja subsistente la responsabilidad civil (“sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”).

Su naturaleza jurídica ha sido discutida por la doctrina. En principio, parece que se trata de una medida no cautelar para la protección de la legalidad urbanística, encaminada a restaurar el orden urbanístico vulnerado (pues también la Administración puede adoptarla antes o después, y acumulada o subsidiariamente a lo que decide la jurisdicción penal), por lo que en realidad no poseería la naturaleza de sanción en sentido estricto<sup>865</sup>.

Como hemos podido observar, aunque la ubicación de la demolición de obra continúe siendo la misma, el artículo 319.3 del Código Penal, el contenido del artículo se amplía y el legislador de 2010, además de ampliar dicho contenido, lo completa con la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones a terceros de buena fe. Además, se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubiesen podido experimentar<sup>866</sup>.

La LO 5/2010, de 22 de junio, ha introducido la novedad de que, además de la demolición de la obra ilegalmente realizada, el juez puede acordar a cargo del autor del hecho, que se reponga a su estado originario la realidad física alterada. Respecto a las indemnizaciones a terceros de buena fe (que podrían ser los

---

<sup>864</sup> OLMEDO CARDENETE, M.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. La protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (I) Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit., pág. 706.

<sup>865</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, en AA.VV., Derecho Penal. Parte Especial, 2ª ed., Valencia, 2008, en CD.

<sup>866</sup> SÁNCHEZ ROBERT, M. J.: “Evolución jurisprudencial del concepto de demolición de obra desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 hasta la actualidad”, Cuadernos de Política Criminal, nº 103, I, Época II, Sección Jurisprudencial, mayo 2011, págs. 222 -225.

adquirentes de un inmueble construido ilegalmente), debe tenerse en cuenta que si en el hecho existe algún tipo de responsabilidad de la Administración, porque de forma negligente o por mal funcionamiento de los órganos de control haya permitido la infracción urbanística, también podrá decretarse la responsabilidad civil subsidiaria de ésta, de acuerdo con el artículo 121 del Código Penal<sup>867</sup>. Tras la reforma de 2010, además, el artículo 319.3 establece que los jueces o tribunales deben disponer (obligatoriamente) el comiso de las ganancias del delito, previsión que resulta innecesaria, ya que se encuentra regulada de modo general en el artículo 127 del Código Penal<sup>868</sup>. Después de esta última reforma, la transformación de las ganancias

---

<sup>867</sup> Este artículo dispone que “el Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario”.

<sup>868</sup> El artículo 127 del Código Penal dispone :

“1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

2. En los casos en que la Ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el **comiso** por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

4. El Juez o Tribunal podrá acordar el **comiso** previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

5. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la Ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán”.

obtenidas con estos delitos puede constituir el tipo cualificado de blanqueo de capitales del artículo 301.1 del Código Penal<sup>869</sup>.

Hay que tener en cuenta, con respecto a la inclusión expresa del término “motivadamente”, que cualquier resolución judicial ha de ser razonada, legalmente justificada y conforme a Derecho. La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 248.2, dice que “los autos serán siempre fundados”. Por su parte, el artículo 120.3 de la CE dispone que “las sentencias serán siempre motivadas...”.

Los Tribunales, como veremos, no suelen ordenar la demolición de la obra, lo que tendría, en principio, efectos criminógenos<sup>870</sup>. La demolición puede, aisladamente, perjudicar a muchas personas que invirtieron sus ahorros para comprar una vivienda y que, en realidad, no han intervenido en la comisión del delito<sup>871</sup>.

La naturaleza jurídica de la demolición de la obra o la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, como medida que posee un carácter civil o penal, cobra importancia. Se trataría de restaurar la legalidad, de volver a la situación jurídica y fáctica anterior a la consumación del hecho. Si se considera la naturaleza civil de la medida, se deduciría que puede acordarse con independencia de si el autor del delito fallece, por ejemplo, en el tiempo comprendido entre la sentencia condenatoria y su ejecución, lo que sería imposible sostener si se estimase la naturaleza penal de la demolición, en la medida en que la responsabilidad penal es personal e intransferible *mortis causa*. No resultaría razonable que una construcción en un suelo de especial protección permaneciera indefinidamente en su ilegal ubicación, beneficiando a los herederos, por el hecho del fallecimiento del infractor.

---

<sup>869</sup> MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial., 18ª edición, op. cit., pág. 574.

<sup>870</sup> Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, ed. Atelier, Barcelona, 2007, págs. 208 y ss. La Memoria del Fiscal General del Estado de 2006 en sus págs. 506 y 507 recoge: “Probablemente no existe sanción más eficaz contra este tipo de actuaciones que el restablecimiento de la situación anterior mediante la destrucción de lo ilegalmente construido a costa del culpable y desde cualquier lógica se observan escasas situaciones que no justifiquen la adopción de una medida tal, ante la firmeza de una sentencia condenatoria por construcción ilegal. Sin embargo las Fiscalías constatan el rechazo de los Tribunales a la petición expresa de demolición por la vía del artículo 319.3 solicitada por el Fiscal...La consecuencia es la perpetuación de la obra ilegal ya que difícilmente la Administración va a proceder a una demolición que el propio juzgador que impone la condena no ha considerado oportuno imponer”.

<sup>871</sup> SERRANO GÓMEZ, A. /SERRANO MAILLO, A.: Derecho Penal. Parte Especial., 15ª edición, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 637.

La referencia a la reposición a su estado originario de la realidad física alterada debe entenderse que tiene sentido en relación bien con las obras de urbanización, bien con los movimientos de tierras, los cuales tienen habitualmente carácter de tentativa de delito.

Resulta, además, importante destacar que, dado el carácter preceptivo del artículo 319.3, los tribunales deberían acordar las medidas, siendo doctrina y jurisprudencia casi unánimes, en dicha afirmación<sup>872</sup>.

Teniendo en cuenta la redacción del antiguo artículo 319.3 del Código Penal de 1995 y la modificación establecida por el legislador de 2010, vamos a examinar brevemente la evolución en la aplicación de este artículo durante la vigencia del Código Penal de 1995, y las consecuencias de la nueva redacción a partir del año 2010, desde un punto de vista jurisprudencial. Para ello, hemos considerado oportuno distinguir entre la jurisprudencia que ha defendido la improcedencia de la demolición de la obra, atendiendo a diversos criterios más o menos justificados, y aquella otra que se inclina por la que ha considerado como absolutamente necesaria demolición, con base en el artículo 319.3, tanto con anterioridad como con posterioridad a la reforma. Y asimismo, hemos podido encontrar, en ambos grupos de sentencias, y por supuesto dentro de la selección que de las mismas hemos debido realizar, algunas que han defendido la naturaleza “civil” de esta medida, frente a otras que se han inclinado por su naturaleza estrictamente penal<sup>873</sup>.

Nos vamos a referir, a continuación, a la naturaleza jurídica de a la demolición de obra, con especial referencia a la jurisprudencia, así como a la evolución de la doctrina jurisprudencial acerca de la necesidad o no de la aplicación de esta medida sancionadora.

El F. J. 3º de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1989, dice que la demolición de obra carece de la naturaleza de las medidas de carácter

---

<sup>872</sup> GÓMEZ TOMILLO, M.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo”, en GÓMEZ TOMILLO, M.: Comentarios al Código Penal, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 1249.

<sup>873</sup> SÁNCHEZ ROBERT, M. J.: “Evolución jurisprudencial del concepto de demolición de obra desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 hasta la actualidad”, op. cit., págs. 222-225.

cautelar. La demolición, como expone la STS, F J. 3º, de 29 de enero de 1991 no es una sanción<sup>874</sup>, ya que “su finalidad es la de restaurar la realidad física alterada, y no es de las sanciones que puedan imponerse en el correspondiente procedimiento”.

La demolición, es pues, una medida no cautelar, que carece de carácter sancionador, a pesar de su contenido altamente aflictivo para el patrimonio de quien la sufre<sup>875</sup>, y cuya finalidad es la restauración del orden urbanístico vulnerado<sup>876</sup>, de naturaleza esencialmente administrativa, puede ser decretada tanto por el Juez como por el Tribunal (según el artículo 319. 3 del Código Penal de 1995, anterior a la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio) como por el Ayuntamiento (artículo 248. 1 TRLSOU<sup>877</sup>), en tanto en cuanto uno y otro resultan *-ex lege-* autoridades competentes para proceder a resolver los supuestos de infracciones penales o administrativas en las que resulta vulnerado, a consecuencia del delito o de la infracción administrativa, el orden urbanístico<sup>878</sup>.

Antes de la aprobación del Código Penal de 1995, BLANQUER afirmaba que “la jurisdicción administrativa es siempre competente para la aplicación de las medidas restauradoras para reponer, siempre que sea posible, el orden urbanístico a

---

<sup>874</sup> En Italia, la doctrina no es unánime respecto a la naturaleza jurídica de la demolición de obra, pero la opinión mayoritaria la trata como una sanción por la tesis predominante, según la cual se trataría de una naturaleza administrativo sancionadora, vid. REZZONICO, S., *I reati edilizi et urbanistici*, Milán, 1993, pág. 309.

<sup>875</sup> En la mayoría de los casos, piénsese que el autor va a preferir la sanción económica, incluso la pena privativa de libertad, a la demolición de lo construido.

<sup>876</sup> ALBAMONTE, A.: *Sistema penal ed medioambiente*, op. cit., pág. 364. La define como acto formalmente jurisdiccional pero sustancialmente administrativo, que encuentra su presupuesto en un hecho que tiene la doble valoración de delito y de ilícito administrativo, así como el persistir de la situación de lesión del interés tutelado tras la falta de demolición, no “de otra forma ejecutada”, de la obra abusiva.

<sup>877</sup> Precepto declarado inconstitucional por la STC 61/97, de 20 de marzo, por carecer del carácter de la legislación básica (Disposición Final Única en su nº 1) (F J 34K.c).

<sup>878</sup> Cfr. el debate doctrinal que ha habido en Italia, partiendo de una interpretación literal del artículo 7 in fine de la Ley 47/85 que señala que “para las obras abusivas del presente delito, el juez, con la sentencia de condena...ordena la demolición de las obras mismas, si en este momento no han sido de otra forma ejecutadas”. ALBAMONTE, A.: *Sistema penale ed ambiente*, ed. Cedam, Padua, 1988, pág. 364; señala los casos en los que el juez penal ha de ordenar la demolición: que el alcalde no haya emitido la orden de la demolición, a la fecha de la sentencia de condena; cuando la orden de demolición del alcalde haya sido emitida, pero todavía esté pendiente el plazo de 90 días para la ejecución de la obra por el responsable; o cuando la orden del alcalde de demoler haya sido emitida pero el responsable haya presentado recurso administrativo, y este haya suspendido la ejecución de los procedimientos. “En todos los casos anteriores, el juez penal debe ordenar la demolición de la obra abusiva”. *Sensu contrario*, la competencia para otorgar la orden de demolición es esencialmente municipal, y sólo será ejercitable por el juez penal con carácter secundario o sustitutorio.

la situación perturbadora”<sup>879</sup>, además, advertía CARCELLER FERNÁNDEZ que en ningún caso podía dejar de hacerlo<sup>880</sup>, es decir, que siempre que concurrieran los presupuestos para su adopción, la Administración venía obligada a decretarla en virtud del contenido del artículo 261. 3 TRLSOU, en el que se establece que “en ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a restaurar el orden urbanístico vulnerado, o reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal”<sup>881</sup>.

La práctica urbanística española, antes del Código Penal de 1995, demuestra que las autoridades y funcionarios con competencia en la materia de disciplina urbanística, no han ejercitado como debieran haberlo hecho sus facultades en materia de demolición, perpetuándose de esta manera, con el consentimiento tácito de la Administración, vulneraciones flagrantes al orden urbanístico; el hecho de que a partir de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, los Jueces y Tribunales de lo penal vengan investidos de las potestades en materia de demolición, no debe levantar alarma alguna, sobre todo si se tiene en cuenta que en el sector dentro del cual la misma se ha levantado es aquél que no puede, precisamente, presumir de haber ejercido oportunamente sus atribuciones<sup>882</sup>. Asimismo, MORALES PRATS y TAMARIT SUMALLA afirman que “la práctica inutilización de esta medida por parte de la Administración, a menudo situada en una posición poco distanciada respecto a las partes afectadas y a los intereses inmobiliarios, ha llevado una vez más al legislador penal a depositar su confianza en la Administración de Justicia”<sup>883</sup>.

Las potestades de demolición, a partir de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, anterior a la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, van a tener que aprender a coexistir: al igual que la potestad de intervención en protección del mismo bien jurídico protegido va a estar compartida entre la Administración local y la Administración de Justicia, Juez y Alcalde, van a ser competentes para la ordenación

---

<sup>879</sup> BLANQUER, M. B.: Derecho Urbanístico Actual, op. cit., pág. 350.

<sup>880</sup> CARCELLER FERNÁNDEZ, A.: Instituciones de Derecho Urbanístico, op. cit., pág. 589.

<sup>881</sup> Precepto declarado institucional, por la STC 61/97, de 20 de marzo, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la Disposición Final Única en su nº 3.

<sup>882</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos Urbanísticos, op. cit., pág. 329 y 330.

<sup>883</sup> MORALES PRATS, F. y TAMARIT SUMALLA, J. M., “Delitos sobre la ordenación del territorio”, op. cit. pág. 852.

de la demolición de la obra, según estén en presencia de un delito o de una infracción administrativa<sup>884</sup>.

VERCHER NOGUERA, criticó el hecho de que la demolición de obra se estableciera, en la antigua redacción del Código Penal de 1995 como una mera posibilidad, al señalar dicho artículo 319. 3 que “la Autoridad judicial podrá ordenar la demolición”, expresión legislativa interpretada por este autor como simple posibilidad, y argumentando entonces que la LRLSOU establece en su artículo 38 “se procederá a la demolición sin paliativos”. El autor busca esta justificación diferenciando de esta forma entre el texto penal y el el texto administrativo y la encuentra en que “demoler puede resultar más dañino para el suelo que se intenta proteger que el mantener la obra ya efectuada”<sup>885</sup>.

A partir de dicha crítica, podemos distinguir dos cuestiones. Por una parte, que la facultad penal para decretar la demolición de obra, es un facultad meramente potestativa, y por otra parte, que en el ámbito administrativo, la misma ha de ser adoptada en todo caso, con carácter imperativo. Estas dos cuestiones han de ser puntualizadas, y para facilitar esta tarea, es preciso comenzar, entonces por la segunda, esto es, mediante la configuración de la demolición de obra en el ámbito administrativo<sup>886</sup>.

Según lo dispuesto en el artículo 261. 3 TRLSOU, siempre que se haya vulnerado el planeamiento urbanístico vigente, y con anterioridad a la Reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio del Código Penal de 1995, la Administración tendrá que adoptar la medida de la demolición de obra. De la lectura de este precepto, puede deducirse, ciertamente que en el ámbito administrativo, la demolición de obra se impone sin paliativos.

Dicha doctrina, fue completada mediante la jurisprudencia del Tribunal Supremo que define y concreta los casos en los que ha de ser adoptada la demolición

---

<sup>884</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos Urbanísticos, op. cit., pág. 330.

<sup>885</sup> VERCHER NOGUERA, A.: “Delitos contra la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 554, citando a MARTÍNEZ CAMARERO, C., “Nuevos delitos ecológicos en la Reforma del Código Penal”, todo ello antes de la Reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio.

<sup>886</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos Urbanísticos, op. cit., pág. 330.

de obra, entre otras, en la STS, F. J 4º, de 22 de enero de 1988, que vino a señalar que “la medida de demolición de obra, tiene un carácter absolutamente excepcional y de aplicación restrictiva, pues, otra cosa sería contraria a los principios de congruencia y proporcionalidad -artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, Decreto 19 de junio de 1955-, que deben informar la intervención administrativa de la actividad urbanística, y por lo tanto, sólo procede en el caso de una vulneración irreductible en cualquier otra forma de la normativa urbanística sustantiva”.

De esta forma, y atendiendo a la primera de las cuestiones que estamos analizando, según ACALE SÁNCHEZ, no es cierto que en el ámbito administrativo se imponga la demolición de obra sin paliativos, sino que solamente en los casos en los que, en su adaptación, sea acorde con los principios de congruencia y proporcionalidad.

Por lo tanto, de la lectura del TRLSOU, se podría deducir que, efectivamente, en todo caso la demolición de obra debe ser acordada administrativamente. El Tribunal Supremo, ha tenido que corregir acotando, en cierta forma, su campo de actuación, precisamente por los problemas que se encuentra derivados de la siguiente afirmación “en ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a restaurar el orden urbanístico vulnerado”, por el legislador urbanístico.

Es por esto, entrando en la segunda de las cuestiones mencionadas, que la afirmación que se hacía anteriormente, en el orden penal, cuando el legislador ha atribuido a Jueces y Tribunales las competencias en materia de demolición de obra, no ha atendido a lo dispuesto en la TRLSOU, sino en cambio, a lo dispuesto a la interpretación que de dicho precepto hizo la doctrina jurisprudencial. De esta manera, si dijéramos que el Juez o Tribunal, en cualquier caso, decretará la demolición de obra, se volverían a plantear de nuevo los mismos problemas que en relación a la demolición de obra se ha venido planteando en el ámbito administrativo.

---

El juez penal cuando, como consecuencia de una construcción no autorizada o de una edificación no autorizable, compruebe que ha sido vulnerado el orden urbanístico vigente, y siempre con anterioridad a la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, deberá decretar y no solamente (podrá decretar), la demolición de obra, para su recuperación. Entender, de esta forma que la demolición de obra se impone -exclusivamente- con carácter potestativo, a pesar de que esa sea la solución a la que se llega haciendo una interpretación literal del entonces artículo 319. 3 del Código Penal, es tanto como no entender que en este punto se ha procedido a instaurar en el ordenamiento jurídico español dos regímenes diversos en materia de demolición de obra: el administrativo (en el cual siempre que se viole el orden urbanístico vigente, al que nos referimos en este momento, sin que exista otra forma menos dramática para su recuperación, habrá de ser adoptada), y el penal (en el que el juez penal, decretará o no, en virtud de su prudente arbitrio). La unidad del ordenamiento jurídico impone la lectura unitaria. Sólo así puede afirmarse que, en este punto, el legislador ha sido respetuoso con el ordenamiento jurídico y con la doctrina del Tribunal Supremo (STS, 4º; 22/1/88; 7/3/78; 5/5/80)<sup>887</sup>.

Por otro lado, el artículo 319. 3 del Código Penal de 1995, anterior a la última reforma, comienza diciendo “en cualquier caso”, lo cual significa que en los casos que se enjuician como delito, los Jueces o Tribunales, son las autoridades competentes para ordenar la demolición de obra. La lectura inversa supone que la autoridad municipal ha perdido la competencia para ordenar la demolición de obra de lo construido o edificado ilegalmente cuando de delito se trate<sup>888</sup>. No compartimos la afirmación de BOIX REIG y JUANATEY DORADO, cuando afirman que “habrá que entender si el juez penal no hace uso de la facultad que le confiere el artículo 319.3 ello no impide que sea la Administración la que, conforme a la potestad que le confieren las normas administrativas, pueda ordenar la demolición de la obra”<sup>889</sup>; no es que la orden de demolición de obra sea una facultad discrecional, sino que en los casos donde se aprecie la vulneración del orden urbanístico, el Juez o Tribunal ha de adoptar necesariamente la demolición de obra en virtud de las nuevas competencias,

---

<sup>887</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos Urbanísticos, op. cit., pág. 330-332.

<sup>888</sup> En este sentido, LÓPEZ RAMÓN, F.: “Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos”, op. cit., pág., 15.

<sup>889</sup> BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C.: “De los delitos sobre la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 1581.

necesarias para velar por una ordenación del territorio que se encuentre correctamente ordenada, asumidas por los Tribunales penales a partir del apartado tercero de este artículo 319<sup>890</sup>.

En cualquier caso, ello no significa que la adopción de la medida de demolición de obra, ha de adoptarse en un momento procesal concreto, en el que se tenga la convicción de que efectivamente, se ha vulnerado el orden urbanístico, ya sea anterior o en la propia sentencia, y con independencia de que el sujeto resulte culpable o no, pues tal medida no va a depender de la culpabilidad del autor, sino de la realización de una edificación o construcción ilegal a consecuencia de la cual se haya vulnerado el orden urbanístico. No se deduce, por lo tanto, de este artículo 319. 3, ninguna arbitrariedad ni diferencia del tratamiento entre la demolición de obra a la que está facultado el alcalde y a la que se faculta ahora al juez.

Por otro lado, tampoco la demolición de obra se impone en concepto de responsabilidad civil derivada del delito<sup>891</sup>. Las diferencias entre ambas instituciones tienen distinto alcance.

En primer lugar, como hemos visto, la demolición de obra, como medida para restaurar el orden urbanístico vulnerado, carece del carácter de sanción como responsabilidad civil, cuando su imposición deriva de la comisión del delito (pese a que su autor no sea responsable). La demolición de obra, sin embargo, es independiente de la efectiva constatación de la comisión del delito: basta con que se haya cometido una ilegalidad, aunque no llegue a ser sancionada ni como delito ni como infracción administrativa<sup>892</sup>, siempre que se haya vulnerado el orden urbanístico vigente, y ello incluso atendiendo a la redacción del Código Penal de 1995 anterior a la reforma de la LO 5/2010.

---

<sup>890</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos Urbanísticos, op. cit., pág. 332.

<sup>891</sup> En sentido contrario, MORALES PRATS, F. y TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Delitos sobre la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 351; BOIX REIG/ JUANATEY DORADO, C.: “Delitos sobre la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 1581; BARRIENTOS PACHO, J. M., “Delitos relativos a la ordenación del territorio”, op. cit., pág. 4.

<sup>892</sup> FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R.: Manual de Derecho Urbanístico, op. cit., pág. 261.

En este sentido, el Juez o Tribunal, solamente será competente para decretar la demolición de la obra, en virtud de lo establecido en el 319. 3 del Código Penal, cuando se haya vulnerado el orden urbanístico mediante la realización de las conductas tipificadas penalmente. Esto no significa que cuando se traslade el tanto de culpa a la Administración, ésta no puede decretarla: si constata que ha vulnerado dicho orden, aunque sea por medio de una ilegalidad no constitutiva de infracción administrativa, podrá ordenarla.

Otra diferencia respecto a la responsabilidad civil, deriva del procedimiento por el cual se adoptan. La responsabilidad civil derivada del delito, puede ejercerse en la vía penal o, por el contrario en la jurisdicción civil (artículo 109. 2 del Código Penal<sup>893</sup>). No obstante, la adopción de estas medidas se resuelve en el ámbito administrativo, sin necesidad siquiera de procedimiento contradictorio sino que “se decide en virtud de un expediente cautelar y sumario, de contenido limitado, en el que adquiere fundamental relevancia el requerimiento al responsable de la obra para que cumpla la carga jurídica que supone lo dispuesto en el artículo 184. 2 y 3” (SSTS, 3º, de 15 de diciembre de 1992; 13 de diciembre de 1984 y 3 de octubre de 1991). Además, para la existencia de responsabilidad civil, ha de haber un perjudicado que además ejercite la acción. En este sentido el artículo 116, declara la responsabilidad civil de los criminalmente responsables “si del hecho se derivaren daños o perjuicios”<sup>894</sup>.

Las medidas para restaurar el orden urbanístico vulnerado, han de adoptarse siempre con independencia de que hayan existido particulares dañados o perjudicados, según disponía el artículo 261. 3 del TRLSOU<sup>895</sup>, que establecía que “en ningún caso podrá dejar la Administración de adoptar las medidas tendentes a restaurar el orden urbanístico vulnerado, o reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal”. En este sentido, se ha visto que el

---

<sup>893</sup> El artículo 109 dispone:

“1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.

2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil”.

<sup>894</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos urbanísticos, op. cit., pág. 333.

<sup>895</sup> Precepto declarado inconstitucional por la STC 61/97, de 20 de marzo, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la Disposición Final Única en su nº 3.

artículo 319. 3 establece que la adopción de esta medida ha de ser tomada por el Juez o Tribunal “en los casos en los que haya vulnerado el orden urbanístico vigente y sea preciso por tanto proceder a su restauración”, según el Código Penal de 1995, antes de la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio.

En suma, la consecuencia fundamental que se extrae es que, al no decretarse en concepto de responsabilidad civil, el hecho de que el autor no lleve a cabo la demolición no va a condicionar la suspensión de la ejecución de la pena, ni tampoco la cancelación de antecedentes penales.

Según el artículo 80 del Código Penal, el Juez o Tribunal ha de atender “fundamentalmente” a la peligrosidad criminal del sujeto para dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad y si se entiende dicha peligrosidad criminal como un pronóstico futuro de comisión de nuevos delitos, el hecho de que el autor voluntariamente no haya procedido a la demolición de obra, sólo puede pronosticar que el sujeto es un desobediente y las desobediencias como tales no aventuran la comisión de nuevos delitos, todo lo más nuevas desobediencias; por lo cual si el autor demuele por su propia voluntad, si lo hace la autoridad judicial a su costa o si se perpetúa lo construido, es un dato que no ha de influir en la decisión del Juez o Tribunal de suspender la ejecución de la pena<sup>896</sup>.

Como se decía, el Juez o Tribunal no va a poder decretar la reconstrucción de lo anteriormente demolido ilegalmente para posteriormente construir como medida para recuperar el orden urbanístico vigente, que haya sido vulnerado. La opción que tenía el Juez o Tribunal era solicitar la cooperación del alcalde. Ello no quita que en concepto de responsabilidad civil, pudiera hacerlo: para ello será necesario, pues, que quien se sienta perjudicado por la demolición de obra ilegal de la construcción o edificación de que se trate, ejercite la acción civil, ya sea en el mismo proceso penal o separadamente en vía civil<sup>897</sup>.

---

<sup>896</sup> En Italia, la doctrina se ha manifestado mayoritariamente en contra de la suspensión de la ejecución de la pena en estos casos. Vid. al respecto: BRECIANO, M., *I reati edilizi ed urbanistici*, op. cit., pág. 325; REZZONICO, S.: *I reati edilizi*, op. cit., pág. 166 y PEGORARI, P.: *L'abuso edilizio in zona paesaggistica*, Fasano, 1987, pág. 69 y sig.

<sup>897</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: *Delitos Urbanísticos*, op. cit., pág. 334.

Antes de que los jueces penales comenzaran a tomar partido en relación a la naturaleza jurídica de la demolición de obra, existían muchos pronunciamientos jurisdiccionales de tipo contencioso administrativo. Así, y como ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1989 (RJ/1989/1961), en la que se considera que la demolición de obra tiene un carácter propio de medidas “cautelares”<sup>898</sup>. No se trata de una sanción, pues como relata la sentencia STS de 29 de enero de 1991 (RJ /1991/600) “su finalidad es la de restaurar la realidad física alterada, y es independiente de las sanciones que puedan imponerse en el correspondiente procedimiento”.

Durante la vigencia del Código Penal de 1995, lo más destacado del artículo 319 del Código Penal en relación a la demolición de obra, ha sido el debate que ha habido en torno a que se decrete o no la efectiva protección del bien jurídico<sup>899</sup>, sin duda, aunque no tenga la consideración de pena, es el instrumento más idóneo para lograr la prevención especial positiva<sup>900</sup>.

La jurisprudencia vacila al decretarla, como decíamos anteriormente<sup>901</sup>, ya que el Código no obliga a imponerla, sino que se trata, en principio, de una potestad

---

<sup>898</sup> En Italia, la doctrina no es unánime respecto a la doctrina de demolición de obra, pero predomina la tesis de la naturaleza de la sanción administrativa, en este sentido vid. REZZONICO, S.: *I reati edilizie*, op. cit. pág. 164; DE ROBERTO, A.: *Le sanzioni urbanistiche*, ed. Cedam, Milán, 1987, pág. 38. BRESCIANO, M.: *I reati edilizi ed urbanistici*, ed. Giuffré, Milán, 1993, pág. 309.

<sup>899</sup> Por el especial tratamiento que se concede a la Administración, destacan la SSAP de Cádiz 407/2008 de 26 de diciembre (JUR/2009/200880) y 347/2008 de 31 de octubre (ARP/2009/467); de Córdoba 168/2008, de 2 de julio (JUR/2009/6775), y de Jaén 80/2007, de 30 de marzo (ARP/2007/414).

<sup>900</sup> En el mismo sentido, ACALE SÁNCHEZ, M.: *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, op. cit. pág. 285.

<sup>901</sup> La doctrina jurisprudencial fue más favorable a adoptarla durante los primeros años de la vigencia del Código Penal. Vid. SSAP de Alicante 106/2010, de 19 de julio (JUR/2010/296091), de Almería 150/2009, de 18 de mayo (JUR/2009/203188) y 144/2010 de 29 de abril (ARP/2010/738); de Cádiz 293/2008, de 24 de septiembre (JUR/2009/202906); 214/2009, de 27 de mayo (ARP/2010/590); 213/2009, de 27 de mayo (ARP/2010/509); 213/2009, de 27 de mayo (JUR/2010/188719), (en esta última sentencia, se alegaba por parte del constructor de la vivienda que era de dimensiones muy reducidas (30 metros) y por lo tanto no se había producido la afección a la ordenación del territorio; con buen criterio, la Audiencia afirma que “en otro orden de cosas, no es óbice a la demolición el que la construcción sea de reducidas dimensiones. De introducir este tipo de vías de escape, como pretende el apelante, en poco tiempo se produciría un indeseado efecto multiplicador en la ya creciente indisciplina urbanística que azota esta provincia); 397/ 2008, de 24 de noviembre (ARP/2009/173); SAP de Málaga 143/2009, de 17 de marzo (ARP 2009/1137); SAP de Navarra 232/2009 de 30 de diciembre (ARP/2010/642); SAP de Tarragona 224/2009, de 24 de abril (JUR/2009/393386); y SAP de Sevilla 167/2009, de 3 de marzo (JUR/2009/250457) 274/2009, de 19 de mayo ARP/2009/1153).

discrecional<sup>902</sup>. Dicha interpretación, según ACALE SÁNCHEZ, causa efectos perversos<sup>903</sup>, en la medida, en que por ejemplo, se piensa en un profesional en relación al cual, profesionalmente no se dedica a la construcción y edificación de viviendas, pero que levanta ilegalmente la construcción en el suelo no urbanizable, el hecho de que la pena privativa de libertad a imponer sea una pena que por su duración puede ser dejada en suspenso, que la inhabilitación para el ejercicio de la construcción o edificación pueda ser impuesta, no les afecta directamente -porque no se dedica profesionalmente a ello en ese momento, sin que el hecho de que se les impida ejercer la profesión de constructor o promotor de las obras durante el tiempo que dure, la pena les intimide, pues tienen otra ocupación profesional- y que la multa calculada mediante el sistema de días multa, en muchos casos y por falta de prueba, se está adoptando casi automáticamente en su cuantía mínima (es decir, dos euros), que el propietario de dichos suelos se atreva a construir, pues en caso de ser descubierto, le merece la pena correr el riesgo de tener que pagar una multa, que en cierta medida, si no va acompañada de la demolición, viene a “legalizar” y a “consolidar” penalmente su edificación por las vías de hecho<sup>904</sup>.

El hecho de que no se interprete la obligatoriedad de la demolición por la vía penal, según la jurisprudencia, no significa que se esté consolidando nada, dejándose de esta manera en manos de la Administración, lo que un sector de la doctrina considera “decisión política”. En en muchas ocasiones, se llevan a cabo construcciones y edificaciones típicas en el artículo 319 del Código Penal, que constituyen verdaderas construcciones de “urbanizaciones pirata”, y no se trata

---

<sup>902</sup> RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, I.: “El restablecimiento del orden urbanístico en la vía penal: la demolición de la construcción o edificación ilegal” en Fiscalía Superior del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Informe correspondiente al año 2005 de la Red de Fiscales Medioambientales, ed. Junta de Andalucía, Granada, 2006, sin paginar.

<sup>903</sup> Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 286.

<sup>904</sup> En este sentido, afirman SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO.: (Derecho Penal. Parte Especial, op. cit. pág. 637 que “la demolición puede perjudicar a muchos que invirtieron sus ahorros para comprar una vivienda”. De ahí que según ACALE SÁNCHEZ aplaudan el carácter facultativo con que el legislador se refiere a ella en el artículo 319. 3 del Código Penal, no obstante, olvidan los autores citados los perjuicios que sufre la colectividad en su conjunto con el enriquecimiento privado de los autores de esta conducta. En ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. págs. 286 y 287.

entonces de una única vivienda ilegal, sino de muchas, por lo cual se iría contra el principio de igualdad si se decreta la demolición de una de ellas y no de todas<sup>905</sup>.

En este caso, lo cierto es que la Administración no demuele con la frecuencia debida sino que lo suele hacer en atención a criterios políticos, condicionados por el daño que se causa a los futuros votantes de estos partidos políticos, y olvidando de esta forma, el daño que se causa para quienes construyen legalmente<sup>906</sup>.

Existe otra interpretación judicial, mantenida por la SAP de Cádiz 47/2007, de 14 de febrero (JUR/2007/265622) y por la misma Audiencia, en la Sentencia 300/2007, de 16 de octubre (JUR/208/236790), así como por la Audiencia Provincial de Almería SAP 144/2010, de 29 de abril (ARP/2010/738), que entienden que, ante la existencia de un delito sobre la ordenación del territorio, la demolición ha de adoptarse con carácter penal de manera general, no como mera potestad discrecional: “no podemos introducir, pues, de forma indirecta y quizás sin dar la trascendencia de tal argumentación, que una de las bases para no condenar y no demoler es la inactividad de la Administración que interviene sólo cuando las obras estaban casi terminadas. Esta posición parece que sienta la tesis de la irreversibilidad de toda infracción urbanística en cualquier paraje o zona si la Administración no la detiene en el tiempo, lo que no es acorde con la legislación vigente. En conclusión, es suficiente con apreciar la existencia de conductas desviadas, sin tener en cuenta su extensión y gravedad, que perjudican los intereses de la comunidad y el desarrollo armónico del entorno medio-ambiental, aunque somos conscientes de que la Administración puede y debe hacer más en este campo, actuar con mayor celeridad y en labores de prevención, ya que cuenta en la actualidad con mecanismos preventivos de gran potencialidad”<sup>907</sup>.

---

<sup>905</sup> En relación al núcleo ilegal, dicha situación aparece consolidada, según la SAP de Córdoba 130/2008, de 28 de mayo (JUR/2009/19166)

<sup>906</sup> De la misma opinión ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 287.

<sup>907</sup> En esta misma línea se manifiesta la SAP de Jaén 80/2007, de 30 de marzo (ARP/2007/414) para la que “sería contrasentido que se de clase constitutiva de delito a una edificación y se deje a la administración urbanística acordar la demolición. Entendemos que debe ser la jurisdicción penal la que acuerde la demolición, pues, el objetivo de la demolición, es preservar la ordenación del territorio con el rigor que quiere hacerlo, no sería factible dejar a las leyes administrativas la restauración del derecho perturbado, cuando es precisamente la extracción de este orden y la incorporación del orden penal lo que hace que el rigor de la reacción sea mayor ante el concreto ataque que el tipo en cuestión prevé”.

Cuando existe un delito urbanístico, para esta posición jurisprudencial, para ordenar la demolición de obra será competente la autoridad judicial, aunque ello no significa la defensa a ultranza de que aquella sea decretada en todo caso; basta con recurrir a la cordura y a la fundamentación jurídica, según ACALE SÁNCHEZ, para situar el debate en sus justos términos, por lo cual, deben ser otros los criterios que legitimen su adopción<sup>908</sup>.

De esta manera, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, que antes citamos, afirma que habrá veces en las que “la naturaleza misma de la construcción con tal que pueda vislumbrar una razonable y merecida pervivencia futura -por ejemplo, valor artístico acreditado más allá del económico inherente a toda edificación con perfecta integración paisajística y del entorno...-o por su valor social-, edificaciones que integran un número muy considerable de viviendas, etc.-”, sea legítimo o no decretar la demolición, a pesar de imponer una pena, pues ello no significaría olvidarse del delito cometido.

En la Sentencia analizada, se rebate el argumento más utilizado por la jurisprudencia en relación a la demolición de obra. Si se trata de una vivienda diseminada se demuele, si en cambio se trata de una vivienda que se levanta en un marco de núcleo ilegal consolidado, no<sup>909</sup>. En su opinión, “se introduciría un elemento de juicio muy poderoso y a nuestro juicio inaceptable, pues permitiría precisamente, ese “efecto llamada” para seguir realizando construcciones ilegales sobre los despojos que aún quedan preservados; se llegaría incluso en este desafuero próximo al paroxismo de hacer en muchos casos de mejor derecho aquellos en los que el ataque al bien jurídico es brutal, criterio inaceptado por la inmensa mayoría de la jurisprudencia menor bajo el brocardo de que de un acto contrario a derecho no puede nacer nunca un derecho”. Teniendo en cuenta lo anterior, en esta sentencia se opta por no proceder a la demolición cuando la Administración haya tolerado la

---

<sup>908</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 288.

<sup>909</sup> Se define como aquél que tiene “calles asfaltadas, alumbrado público o servicios de basura, constituyendo una zona residencial de facto, no es lógico ni comprensible acordar judicialmente la demolición de una construcción aislada pues con ello sólo se causaría un perjuicio innecesario y ningún beneficio concreto al bien jurídico a proteger de escasas, por no decir, nulas perspectivas de recuperación”.

adopción de un verdadero núcleo de población ilegal<sup>910</sup>, lo que significa que una vez señalado lo anterior, hacer cargar toda la culpa sobre uno de los propietarios, no sería ajustado a Derecho, al ir en contra del principio de igualdad. Podemos compartir los planteamientos de la SAP de Cádiz que hemos analizado, aunque como ACALE SÁNCHEZ argumenta, no se entiende muy bien el motivo por el cual el juzgador no llega hasta el final con todas sus consecuencias: si es la falta de actividad investigadora de la Administración la que ha generado el núcleo de población ilegal, pero consolidado ¿por qué no se liquidan las responsabilidades penales respecto a estos sujetos? El hecho de que al día en el que se dictó dicha sentencia no fuera típica la omisión de los deberes de vigilancia a los efectos del artículo 310 del Código Penal, no significaba, que los delitos contra la Administración pública no puedan ser de aplicación<sup>911</sup>, como apunta la SAP de Sevilla 207/2009, de 24 de abril, (ARP/2009/846)<sup>912</sup>.

Visto este debate jurisprudencial, se podía haber aprovechado la LO 5/2010, para precisar los términos empleados por el legislador, describiendo de una manera más clara la naturaleza, así como los supuestos en que ha de ser decretada la demolición, dado el escaso uso que los Tribunales están haciendo de ella<sup>913</sup>. La propuesta que se acaba de mencionar tiene la finalidad de aclarar la regulación jurídica, despejando las dudas, teniendo en cuenta la redacción a día de hoy del artículo 319. 3 del Código Penal, ya que la LO 5/2010 no ha modificado este punto;

---

<sup>910</sup> En este mismo sentido, la SAP de Cáceres 39/2009, de 20 de febrero (JUR/2009/188455).

<sup>911</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 288 y 289.

<sup>912</sup> Si la construcción se lleva a cabo en un núcleo ilegal consolidado, en el interior del mismo, no cabrá decretar la demolición, y sí, en cambio si se lleva a cabo ampliando los límites del núcleo ilegal. Y por su parte, la SAP de Córdoba 168/2008, de 2 de julio (JUR/2009/67735) afirma de este modo que “debe de decretarse la demolición de obra cuando haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración; y en todo caso, cuando al delito sobre la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial”, aunque no obstante añade algo más: se dictará la orden de paralización al principio de la construcción, y no al final.

<sup>913</sup> En este sentido, el Grupo de Estudios de Política Criminal (Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas, op. cit., pág. 35) que proponía sustituir la redacción del artículo 319.3 del Código Penal por esta otra “en cualquier caso el Juez o Tribunal ordenará (...) la más pronta o inmediata demolición de obra...”. También el Defensor del Pueblo Andaluz y la Red de Fiscales especialistas en medio ambiente de Andalucía, acordaron la necesidad de sustituir la redacción del artículo 319.3 del Código Penal por esta otra “en cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente ordenarán a cargo del autor del hecho y subsidiariamente a la Administración competente, la ejecución, en los casos que proceda, de las medidas adecuadas para la reposición de la realidad física alterada”, entre las que incluían la demolición de obra. (Vid. Informe

en el caso en el que se haya vulnerado el orden urbanístico vigente, los jueces han de optar por la demolición de la obra. Al elegir el legislador el término “podrán acordar”, no significa que puedan decidir o no si adoptarla, según criterios de oportunidad política, sino que cuando comprueben si se ha vulnerado o no el orden urbanístico vigente, lo que sí ocurrirá cuando las obras sean no legalizables desde el punto de vista administrativo, “deberán” adoptarla “en cualquier caso”<sup>914</sup>. Si al particular, una vez que se le comunica la orden de demolición de la obra, no la cumple, incurrirá en un delito de desobediencia grave a las órdenes de la autoridad, del artículo 556 del Código Penal, pudiendo, asimismo, el juez de lo penal recurrir a las multas coercitivas previstas en el artículo 34.2 del Código Penal que no tienen la consideración de penas, y por tanto no presentan ni plantean problema alguno en relación con el principio de *ne bis in idem*<sup>915</sup>.

En este sentido, nada hubiera impedido cambiar el carácter con el cual se impone la demolición de la obra. Se constata de esta manera, que la modificación que no se ha querido operar en el artículo 319. 3 del Código Penal, sí se ha operado, en cambio, en el artículo 339 del Código Penal, que no es más que una reproducción del artículo 319. 3 del Código Penal, según ACALE SÁNCHEZ, en el marco más genérico de los delitos contra el medio ambiente. En el Código Penal de 1995, anterior a la reforma operada por la LO 5/2010, se establecía en el artículo 339 del Código Penal 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 cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes jurídicos tutelados en este título”. Tras la reforma de LO 5/2010, se señala lo siguiente: “los jueces y tribunales ordenarán la adopción, a

---

Especial. Ordenación del territorio y urbanismo, en los Informes de la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz, op. cit., pág. 459).

<sup>914</sup> En opinión de LLOBET ANGLI, M: “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, en VV. AA.: Memento Experto, Reforma penal 2010, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pág. 364, los jueces decretarán la demolición de obra “cuando puedan”.

<sup>915</sup> Ello, con independencia de lo dispuesto en el artículo 181.4 de la LOUA que dice lo siguiente: “el incumplimiento de la orden de suspensión, incluida la que se traslade a las empresas suministradoras de servicios públicos, dará lugar, mientras persista, a la imposición de sucesivas multas coercitivas por períodos mínimos de diez días y cuantía, en cada ocasión, del diez por ciento de las obras ejecutadas, y, en todo caso, y como mínimo, de 600 euros. Del incumplimiento se dará cuenta, en su caso, al Ministerio Fiscal a los efectos de la exigencia de las responsabilidades que procedan”, esto es si los hechos fueran constitutivos de un delito o falta de desobediencia, según ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 290.

cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este título”.

Según la nueva reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, en lo que al orden jurisdiccional se refiere y en orden a la demolición de obra, es interesante el fallo de la STS 1067/2006, de 17 de octubre (RJ/2006/8049) en el cual se impone una pena de prisión de tres meses -por la escasa entidad de la ilegalidad de la construcción no autorizada (voladizo de 1.82 metros)-, y se decide en este caso concreto la sustitución de la pena por trabajos en beneficio de la comunidad: “en este caso, el legislador deja al criterio de los juzgadores la clase de trabajo a realizar. Si combinamos el proceso con las previsiones del artículo 319. 3 del Código Penal, que permiten la destrucción de la obra ilegal, estimamos que lo más adecuado es que el propio condenado derribe, como trabajo en beneficio de la comunidad, la obra que excede de lo permitido al invadir el dominio público marítimo-terrestre, lo que no constituye un gravamen desproporcionado si tenemos en cuenta que se trata de un voladizo de 1.82 metros cuadrados”. Al margen de la voluntad del legislador de determinar la pena mediante los datos concurrentes, y teniendo en cuenta la opinión de ACALE SÁNCHEZ, ha de tenerse en consideración que la imposición de la demolición como una medida para restaurar el orden urbanístico vigente<sup>916</sup>, a través del artículo 319. 3 del Código Penal, es de obligado cumplimiento para el condenado, y es más, se le añade a la pena privativa de libertad, multa e inhabilitación que le correspondan, en atención a las reglas de determinación judicial de la pena ubicadas en el artículo 66 del Código Penal; en este sentido, decretar la pena consistente en trabajos en beneficio de la comunidad que consiste en demoler personalmente lo que se había construido ilegalmente, supone, por un lado, asegurarse del consentimiento del penado en la pena de trabajos, y en otro sentido, llevar a cabo la demolición; pero además, supone un bis, en la medida en que si ya está dispuesta expresamente, en concepto de medida, con la finalidad de restaurar el orden urbanístico vigente,

---

<sup>916</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 291.

convertirla en trabajos en beneficio de la comunidad, parece que a simple vista, nada tiene que ver con la voluntad del legislador en este sentido<sup>917</sup>.

Partiendo de las consideraciones anteriores, llegamos a la conclusión de que, en algunos casos procede, y en otros no, la demolición de obra, e independientemente de su procedencia o improcedencia, en ocasiones, se considera como responsabilidad civil y en otras como responsabilidad penal, tema al que dedicaremos los siguientes apartados, para continuar después con la reposición de la realidad física alterada.

La Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 1ª) dictó la Sentencia núm. 313/2007 de 23 de octubre<sup>918</sup>, referida a los delitos sobre la ordenación del territorio, y que trata de un caso en el que no se va a ordenar la demolición de obra. En el supuesto que contempla esta sentencia, existen edificaciones en la zona de características similares, que parecen constituir un núcleo de población consolidado con sus servicios, sin que la Administración local competente se haya pronunciado sobre su demolición.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso contra la sentencia dictada por el Juzgado, con base exclusiva en la infracción de ley, por inaplicación del artículo 319.3 cuando se refiere al derribo de la obra denunciada.

A juicio del Fiscal, el artículo 319.3 del Código Penal, inaplicado por el Juez de instancia al no estimar procedente la demolición de obra cuestionada, está lejos de suponer la concesión al Juzgador de unas facultades discrecionales de las que puede o no hacer uso con absoluta libertad y supone “más bien una medida cuya exclusión sólo se producirá excepcionalmente”, de forma que el legislador no optó por atribuirle un carácter imperativo sólo para respetar aquellos supuestos, estos sí excepcionales, en los casos en los que la demolición puede resultar desaconsejada.

---

<sup>917</sup> Cfr. la STS 1127/2009 de 27 de noviembre (RJ/2010/1024), que impone, además, la demolición de la obra; sin embargo, no se pronuncia al respecto, limitándose a señalar que así se hizo en la sentencia de instancia. Según ACALE SÁNCHEZ, hubiese sido una buena ocasión para constatar si se consolidaba la interpretación realizada en la sentencia que es ahora objeto de comentario. Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 291.

<sup>918</sup> JUR/2008/236741.

También destaca el recurso, que el hecho de que esta facultad haya accedido al Código Penal, supone en ese punto un principio de preferencia del orden jurisdiccional penal, sin que ello lógicamente excluya la posibilidad de que la Administración adopte dicha medida para restaurar el orden jurídico infringido. Por tanto, frente a lo que alega el juez de instancia, el Fiscal insiste en que el derribo es susceptible de ser decretado tanto en los casos del 319.1 como en los del 319.2 del Código Penal, ya que en estos últimos resulta necesario igualmente reponer la realidad física alterada. Y como argumentos añadidos que avalan la tesis que mantiene el recurso, destacan el artículo 321.3 del Código Penal, en sede de delitos contra el patrimonio histórico, y el artículo 323. 3 del Código Penal (para el caso de daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga, o bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos), que también utilizan la misma expresión “podrán”, sin ofrecer criterios para el uso de esa facultad de derribo, aunque sería ilógico sostener que se trata de una medida excepcional de la que sólo cabría hacer uso en supuestos de especial gravedad”<sup>919</sup>.

En definitiva, siendo los mismos supuestos que determinan el que se decrete la demolición, en un caso, y la reconstrucción, para no evidenciar la falta de tutela al bien jurídico protegido, es precisamente esta razón, la que determinaría que se proceda a la demolición de la obra<sup>920</sup>.

Frente a la postura mantenida por el fiscal, a pesar de haberse vulnerado el bien jurídico y con tan clara consecuencia condenatoria en sede penal, el juez a quo considera que en el presente caso no procede la demolición de obra interesada, ya que ésta se considera excepcional. Afirma la sentencia que “la necesidad de motivación que exige la ley, excluye el automatismo de la demolición y nos lleva a pensar qué es lo que pretende el legislador al crear esta medida de carácter difuso, siendo evidente que esta medida ha de quedar reservada a los supuestos en que existe

---

<sup>919</sup> SÁNCHEZ ROBERT, M. J.: “Evolución jurisprudencial del concepto de demolición de obra desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 hasta la actualidad”, op. cit., pág. 276.

<sup>920</sup> Cfr. las sentencias de la AP de Madrid de 19 de febrero de 2004 y AP de Alicante, de 27 de diciembre de 2009. “El objetivo del legislador de preservar la ordenación del territorio quedaría frustrado, con el rigor que quiere hacerlo, dejando a las leyes administrativas la restauración del derecho perturbado, cuando es precisamente la extracción de ese orden y la incorporación del orden

un plus de antijuridicidad y de daño al bien jurídico protegido como son supuestos de construcciones de dominio público costero, o fluvial, parques naturales o espacios vírgenes de construcción en una zona donde aún se puede recuperar la finalidad primaria del terreno. Y a sensu contrario, hemos de entender que excluye la aplicación de la medida a aquellas construcciones que si bien son ilegales se producen en zonas consolidadas de construcción o zonas pendientes de regularización que evidentemente no van a volver a usarse conforme a su calificación urbanística”.

En este caso que nos ocupa, el juez añade lo siguiente: “nos encontramos ante una zona ampliamente cubierta de construcciones irregulares, según el propio arquitecto municipal que depone la vista, el agente policial que declara y el perito de la defensa, en cuyo informe se observan fotografías aéreas de la zona, está probado que el lugar y la zona donde se ubica la casa es de facto una zona residencial dividida en parcelas y construida, aclarando el agente que tal circunstancia se daba ya en el momento en que realiza la construcción la acusada, que está dividida en calles que se hallan asfaltadas en su mayoría, en las que existe alumbrado público y servicios de basuras, cuyo pretendido uso agrícola no sólo es inexistente sino antieconómico...”.

En conclusión, el juez de primera instancia declara la improcedencia del derribo y afirma no estar de acuerdo con la tesis de la acusación, que recoge una sentencia de las dos únicas en la historia de la Audiencia Provincial que acuerdan demoliciones (este añadido literal debe tratarse de un error, porque en esta Audiencia se han conocido muchos más procedimientos que incluían el derribo de la construcción ilegal de primera instancia), para hablar de poca prevención general (la prevención general es una de las funciones de la pena, se supone una función secundaria, ya que la pena según la Constitución, que asume teorías penológicas menos conservadoras, va dirigida fundamentalmente a la reinserción y a la prevención especial), en segundo lugar, no hallarnos ante una pena y siendo inviable que una acción civil tenga ese fin que ni es reparación del daño ni indemnización de perjuicios y, en tercer lugar, porque de tener como fin esta medida la prevención

---

penal, lo que hace que el rigor de la reacción sea mayor ante el concreto ataque que el tipo en cuestión (artículo 319 del Código Penal) prevé”.

general, no sería una medida excepcional como la contempla la ley, aplicándose en todo caso sin necesidad de motivación ni posibilidad de no aplicación.

Reflejadas las dos posiciones enfrentadas en este recurso, demolición de obra en cuanto acto de restauración de la legalidad urbanística conculcada -recurrente- frente a su mantenimiento porque no hay desequilibrio urbanístico y podría tratarse en el futuro de un núcleo en proceso de regularización -criterio de instancia-, procede optar en la alzada por una u otra opción.

En primer lugar, se deja constancia de que no parece discutible que estamos ante una afectación del bien jurídico protegido y de proporcionada respuesta penal. Como antes se dijo, es la conclusión en el presente caso del propio juez de instancia, que tampoco se discute en el recurso, aunque se introduzcan matices por la defensa a la hora de incardinar este aspecto en el apartado específico y distinto a la demolición.

En segundo lugar, hay que partir de la premisa, de que no es causa impeditiva del derribo la existencia de otras construcciones ilegales, extremo que podría llevar a una crítica de la actuación de los mecanismos de inspección de la Administración correspondiente, pero no puede ser invocada en este sentido ni disculpar la actuación del orden penal (por lo mismo que la impunidad de algunos culpables no tiene por qué llevar unida la de otros contra los que se dirige la pretensión penal).

Ahora bien, es cierto que el caso que aquí se examina presenta unas características especiales y singulares respecto de otros asuntos de edificaciones ilegales que ha resuelto este Tribunal y que aconsejan un tratamiento diferente y diferenciado, de forma que, a diferencia de otras sentencias de esta misma Sala, no basta para este particular caso concreto de la demolición con apreciar la existencia de conductas desviadas que perjudican los intereses de la comunidad y el desarrollo armónico del entorno medio-ambiental.

En efecto, la condenada actúa en un marco de llamativa singularidad, de forma que la visualización de la zona afectada permite hablar con claridad de “zona alteradamente ocupada por numerosas construcciones irregulares”. Es expresivo en este sentido que el propio técnico municipal que depuso el acto del juicio oral

calificó la zona como una “pedanía de servicios”, de forma que, como refleja la sentencia de instancia, en el lugar donde se haya ubicada la construcción existen multitud de viviendas, que parecen constituir un núcleo de población consolidado, que goza prácticamente de todos los servicios que caracterizan un núcleo urbano, como las calles asfaltadas, alumbrado público, recogida de basura, servicio de autobuses urbanos.

Finalmente, hay un dato significativo, en concreto existe una resolución del Ayuntamiento que dispone la revocación y retirada del precinto de la construcción de una vivienda, dictada por la Concejalía de Urbanismo en relación a las obras que se ejecutan por la denunciada, en base a que “razones de índole económico y social, que deben ser tenidas en cuenta, aconsejan la retirada del precinto de la vivienda hasta que por esta Concejalía se emita la resolución correspondiente”.

En conclusión, se opta en esta alzada por mantener el criterio del juzgador y no inclinarse por la demolición, como sería la regla general, dadas las singulares circunstancias concurrentes, dejando que sea la Administración, con potestad para ello, la que resuelva con un criterio único para todas las parcelas de la zona que están en idéntica o similar situación.

Ciertamente, podría pensarse que resulta incoherente declarar que la obra realizada es ilegal y constitutiva de la infracción penal del artículo 319 del Código Penal y luego no adoptar las medidas oportunas para eliminar tal ilegalidad, pero tal incoherencia no resulta tan evidente cuando esas posibilidades de demolición siguen intactas, una vez resuelta la cuestión penal atinente al caso. Las mayores posibilidades de la Administración en este caso, incluso en orden a la ejecución material de la posible demolición, hacen aconsejable dejar que sea en ese ámbito administrativo donde, en su caso, se acuerde, dando coherencia a las propias normas urbanísticas del municipio.

En definitiva, el hecho de no acordarse por el Juzgador que la obra sea demolida no significa en absoluto que la realidad opere a modo de sanción legalizadora, ya que, pronunciándose la jurisdicción penal sobre una conducta ilícita que ha atentado contra la ordenación del territorio, el hecho de que el Juez Penal, por

así haberlo previsto expresamente el legislador, no considere oportuno acordar en dicho ámbito penal la demolición de la obra, no impide, que en otro marco, el administrativo (que también ha de velar por la lícita utilización del suelo), pueda ser acordada tal medida, debiéndose reseñar que el juzgador en modo alguno ha hecho mención a ningún impedimento para que pueda tener la Administración competente testimonio de la sentencia dictada<sup>921</sup>. Por ello, se considera preferible que sea la Administración la que resuelva este tema con un criterio unitario para todas las parcelas que se encuentran en la misma situación<sup>922</sup>.

Otro supuesto similar es el recogido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 14 de abril de 2008<sup>923</sup>, que afirma que el artículo 319.3 del Código Penal establece la posibilidad de que el Tribunal acuerde la demolición de lo edificado, pero no como una consecuencia necesaria de ese mismo artículo 319 del Código Penal, sino como una posibilidad que además exige de una motivación específica. El Juzgador a quo razona por qué en este caso no hace uso de la facultad que le concede el artículo 319.3 del Código Penal, y dichas razones se van a resumir en los propios hechos probados, en los que se refleja que la zona se encuentra con numerosas construcciones de casas tanto de primera como de segunda residencia, en parcelas de mil metros cuadrados e incluso en parcelas inferiores; una casa que se encuentra en medio de una urbanización de hecho consolidada, con luz y agua dispensada por la empresa municipal, poco impacto ambiental puede causar.

Dichos hechos probados, no son combatidos por el Ministerio Fiscal, ya que describen una zona de total apariencia residencial. La Sección Primera de esta Audiencia Provincial había mantenido lo siguiente: “Cuando en una zona concreta se prueba que más que diseminación urbanística, lo que existe es un verdadero núcleo de población consolidado a medias, como en el caso presente, de calles asfaltadas, alumbrado público o servicios de basuras, y a ello se añade, como expresa el “factum”, que numerosas viviendas de la zona datan de una antigüedad de los años

---

<sup>921</sup> Cfr., en este sentido, BOIX REIG, C. y JUANATEY DORADO: Comentarios al Código Penal, Valencia, 1996, pág. 576; y GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio, op. cit., 1160.

<sup>922</sup> SÁNCHEZ ROBERT, M. J.: “Evolución jurisprudencial del concepto de demolición de obra desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 hasta la actualidad”, op. cit., pág. 230.

<sup>923</sup> Cfr. PROV 2008, 234422.

setenta y ochenta, constituyendo una zona residencial de “facto”, no es lógico ni comprensible acordar judicialmente la demolición de una construcción aislada, pues con ello sólo se causaría un perjuicio innecesario y ningún beneficio concreto al bien jurídico a proteger de escasas, por no decir de nulas perspectivas de recuperación”.

El hecho de que el Juzgador no acordase que la obra fuese demolida, no significa, como ya indicamos, que la realidad opere como sanción legalizadora, debido a que si se pronuncia la jurisdicción penal sobre una conducta ilícita que ha podido atentar contra la ordenación del territorio, el hecho de que el Juez Penal, por deseo del legislador, no considere oportuno acordar en dicho ámbito penal, la demolición de la obra, no impide en modo alguno que en el ámbito administrativo, que también vela por la lícita utilización del suelo, pueda ser acordada la misma. El Juzgador también expresa claramente en su resolución que ningún impedimento puede tener la Administración para ordenar dicha demolición. Del mismo modo, no existe impedimento para remitir a la Administración competente el testimonio de la sentencia dictada, cuando así lo solicite el Ministerio Fiscal del Juzgado del que dimana el rollo de apelación.

La facultad que nos concede el artículo 319.3 del Código Penal por haberlo querido así el legislador de 1995 expresamente, no impide que pueda ser acordada la demolición en el ámbito administrativo de las competencias urbanísticas, no debiéndose olvidar que tanto los Ayuntamientos como las Comunidades Autónomas son Administraciones que tienen originariamente las competencias en materia de urbanismo, bajo el control de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo<sup>924</sup>.

Al respecto de la demolición de obra, sienta la sentencia de 24 de julio de 2008 (PROV 2009, 4994), de la Audiencia de Jaén lo siguiente: “Ciertamente, la demolición no es una sanción, sino una medida de carácter reparativo”, de lo que se deduce que tal calificación permitiría dejar sin efecto la condena a la demolición, si se produce una modificación del planeamiento que la convirtiera en innecesaria<sup>925</sup>.

---

<sup>924</sup> Cfr. la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7ª) núm. 160/2009, de 30 de marzo (ARP/2009/1138).

<sup>925</sup> En este sentido GÓMEZ TOMILLO justifica el carácter potestativo de la medida, teniendo en cuenta la hipótesis de las obras susceptibles de legalización. Cfr. GÓMEZ TOMILLO, Comentarios al Código Penal, op. cit., pág. 62. ROMÁN GARCÍA, F., (en varios autores) Derecho penal

La demolición no puede dejar de calificarse como responsabilidad civil derivada del delito dado su carácter facultativo; no es una pena puesto que no está recogida en el catálogo de penas impuestas por el Código Penal. Es una consecuencia jurídica del delito prevista en la norma, que en definitiva puede restaurar el orden jurídico conculcado, y en el ámbito de la política criminal, disuadir de llevar a cabo edificaciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística en concreto, y sobre todo contra el bien jurídico protegido, que no es otro que la utilización racional del suelo orientada a los intereses generales, debiendo tenerse en cuenta que “la consideración de la demolición como parte de la responsabilidad derivada del delito permite dejar la misma sin efecto si, después de establecida la sentencia, se produce una modificación del planeamiento que la convierta en innecesaria, por lo que la posibilidad de una futura legalización no obsta a su ordenación en el ámbito penal”. En términos similares a la sentencia anterior se pronunció la sentencia de 8 de julio de 2008 (PROV 2008, 345252) de la Audiencia Provincial de Pontevedra.

Vemos, pues, cómo en este primer grupo de sentencias, en las que encontramos remisiones a otras anteriores, aunque se suele partir de la regla general de la demolición, se estima que determinadas circunstancias, referidas fundamentalmente a las características especiales y singulares, evitarían la adopción de la medida prevista en el artículo 319. 3 del Código Penal<sup>926</sup> Pero lo que, además, vienen a destacar estas sentencias es la naturaleza civil de la medida, teniendo sobre todo en cuenta que la misma podrá ser también adoptada por la Administración competente, al igual que podría ser evitada, incluso antes del pronunciamiento judicial, a través de una modificación del planeamiento urbanístico.

Vamos, a continuación, a aludir a algunas sentencias que, justificando también la no demolición de las obras ilegales en los supuestos contemplados, consideran, no obstante, que la medida del artículo 319.3 constituye realmente una auténtica sanción en el orden penal.

---

administrativo. (Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente), Granada, 1997, pág. 117.

<sup>926</sup> La jurisprudencia contencioso-administrativa ha aplicado el principio de proporcionalidad en supuestos en que la demolición se ha considerado excesiva en relación a las características del caso

En la sentencia de 4 de julio de 2008 de la Audiencia Provincial de Jaén<sup>927</sup>, se sostiene un criterio que se estima adecuado para la valoración y aplicación de la medida de demolición regulada en el precepto como facultad, y que en todo caso precisa de una motivación específica, considerando que dicha medida aun cuando *prima facie* se ofrece y evidencia como la única forma de restaurar el orden jurídico conculcado, sin embargo no es la única consecuencia jurídica necesaria y consecutiva a la comisión del delito, pues no está diseñada así por el legislador, habiéndose llegado a la conclusión de que “el criterio a seguir debe venir presidido por el principio de proporcionalidad, que rige cualquier imposición de medidas limitativas o restrictivas de derechos, al igual que la imposición de penas, y teniendo en cuenta que al ser factible que no se acuerde la demolición, se está exigiendo un mayor daño o agravio al bien jurídico protegido que haga precisa la drástica solución que lleva consigo la demolición”. Resultará obligado, en todo caso, examinar las concretas circunstancias tanto del objetivo material como personal del autor del delito, para poder establecer aquella proporcionalidad. Esto es lo que hace la sentencia impugnada, expresando con claridad cuáles son los datos y fundamentos de su decisión.

En el supuesto concreto, se trata de una vivienda de tipo residencial, ubicada entre otras muchas, en el sitio Las Herrerías, Camino Viejo de Torredelcampo, que cuenta con electricidad y agua procedente de un pozo, existiendo acceso asfaltado. En el paraje, como refiere la sentencia impugnada, existen numerosas edificaciones similares, entre las que una al menos ha sido objeto de un proceso similar al de autos, como se deduce del documento aportado con el recurso, consistente en una Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Jaén, de 20 de enero de 2006, en la que no se acuerda la demolición interesada por el Ministerio Fiscal, al estimar el Juzgador la existencia de razones de equidad que no detalla, en atención a la consolidación del núcleo residencial en la zona, que lleva a pensar que pueda ser un terreno recalificable, en la próxima elaboración del PGOU de la ciudad de Jaén. Este último argumento, con ser atendible como uno más, desde luego resulta insuficiente para fundar la decisión de no demoler, pues ya se ha dicho en numerosas sentencias

---

contemplado, y ello en conexión con los principios de buena fe y equidad. Cfr. STS 28/04/2000 (RJ 4953), 15/01/2002 (RJ 609) y 2/12/2002 (RJ 8858).

<sup>927</sup> Sent. núm. 113/2008, PROV,2007,40743.

que la ordenación del territorio que se protege con el tipo es la que está en vigor, sancionada con los vigentes planes de ordenación urbana, y no con los avances de la modificación siempre sujetos a posibles alteraciones hasta su definitiva aprobación, sin que sea dable tener en cuenta lo que son solo meras expectativas.

Ahora bien, lo que es evidente, por más que la prueba pericial, en la que se basa la sentencia de instancia, resalte el daño ambiental que produce la edificación, a la vista de los planos y fotografías aportadas en las actuaciones y en el recurso de apelación, es que en la zona y el paraje en cuestión se han levantado múltiples construcciones de similares características, tratándose de un paraje muy próximo a la ciudad, y en el que no se aprecia la existencia de arbolado, lo que en definitiva supone que con la demolición interesada, de no llevarse a efecto, difícilmente resultaría conculcado el aspecto relativo al medio ambiente protegido por el tipo. Ello determinará, siguiendo el criterio mantenido en otras Sentencias de esta Audiencia Provincial, núms. 197 y 209 de la Sección 1ª, referidas a supuestos similares, el rechazo a la demolición solicitada, que se estima el motivo del recurso, pues se evidencia dicha medida desproporcionada con el perjuicio causado. En suma, se revoca la sentencia en cuanto a la medida de demolición que contiene, debiendo comunicarse lo resuelto al Excmo. Ayuntamiento de Jaén, para que conste en su expediente administrativo, a los efectos oportunos<sup>928</sup>.

Asimismo, la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 3ª) dictó la Sentencia núm. 200/2007 de 20 de septiembre<sup>929</sup>, sobre un delito contra la ordenación del territorio, oponiéndose el Ministerio Fiscal a la sentencia de instancia en lo relativo al acuerdo de demolición de la construcción que no fue adoptado en aquella resolución. En este caso, se desestimarán también las pretensiones, ya que la sentencia se consideraba ajustada a Derecho, y por motivos similares a los contemplados en la sentencia anteriormente referida.

---

<sup>928</sup> Sentencia núm. 33/2007 de 26 de febrero de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2ª) ARP/2007/639.

<sup>929</sup> JUR/2008/60331.

En una postura que podríamos considerar ecléctica, aunque más bien inclinada a la responsabilidad penal, respecto a la naturaleza jurídica de la medida, la anterior sentencia parte de la consideración de que en el artículo 319.3 del Código Penal se regula la facultad que asiste a los Jueces y Tribunales para ordenar a cargo del autor del hecho, la demolición de obra. Se trata de una consecuencia jurídica del delito prevista en la norma, y puede considerarse de carácter civil, en cuanto que pudieran englobarse sus efectos en el artículo 110 del Código Penal. Implica la restauración del orden jurídico conculcado, y en el ámbito de la política criminal es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística. No se trata de una pena al no estar recogida en el catálogo de penas que contempla el Código Penal, ni se puede considerar responsabilidad civil derivada del delito, dado su carácter facultativo aunque no arbitrario, puesto que la adopción de dicha medida debe estar plenamente motivada. La tendencia general de las Audiencias Provinciales es la de aplicar la demolición a los supuestos del 319.1 del Código Penal, y no a los del párrafo segundo del precepto. Pero consideramos como criterio prioritario, que debe ser la jurisdicción penal la que acuerde la demolición, pues dado el objetivo del legislador de preservar la ordenación del territorio con el rigor que quiere hacerlo, no sería factible dejar a las leyes administrativas la restauración del derecho perturbado, cuando es precisamente la extracción de ese orden y la incorporación del orden penal lo que hace que el rigor de la reacción sea mayor ante el concreto ataque que el tipo en cuestión prevé<sup>930</sup>.

No obstante, la decisión debe ser motivada, como se dijo, y comoquiera que el precepto no señala criterio alguno, consideramos que en la práctica debe tenerse en cuenta: la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción; la proporcionalidad de la medida en relación al daño que causaría al infractor, en caso de implicarse sólo intereses económicos o verse afectados intereses fundamentales como el uso de la vivienda propia; y la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción, teniendo en distinta consideración los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas, etc.<sup>931</sup>

---

<sup>930</sup> Cfr. Sentencias de la AP de Alicante, Sección 1ª de 27 de diciembre de 1999, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 6ª de 19 de febrero de 2004, y de esta misma Sala la sentencia de 30 de marzo de 2007.

<sup>931</sup> SÁNCHEZ ROBERT, M. J.: “Evolución jurisprudencial del concepto de demolición de obra desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 hasta la actualidad”, op. cit., pág. 235.

En concreto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén se refiere a la construcción de una vivienda, en la dirección 000 frente al carril 000, término municipal de Jaén, sobre el suelo clasificado en el P. G. O. U de Jaén como no urbanizable común, no siendo susceptible de legalización. Dicha obra fue paralizada por Resolución de la Gerencia de Urbanismo de 13 de octubre de 2005, al carecer de la preceptiva licencia. El informe emitido por el arquitecto técnico municipal, no concreta la clase de suelo no urbanizable afectado, por lo que ha de entenderse que es común como dijo en la vista oral, y desde luego no destaca que tenga un especial interés paisajístico, ni suponga la construcción un impacto ambiental de especial significación y digno de protección inmediata a través de la medida de demolición.

El denunciado alegó que la vivienda la necesitaba para su familia, ya que vivían en una de 48 metros, insuficiente para atender sus necesidades, por la enfermedad de una de sus hijas. Estos extremos no se han justificado. Pero lo que sí es cierto, como se acredita con las declaraciones de los policías locales que depusieron en la vista oral, y del técnico municipal, es que en el paraje donde está construida, existe un carril asfaltado, y allí hay casas por todos lados. Algunas, como dijeron los agentes, llevan mucho tiempo construidas, diez o quince años a los dos lados del camino, aunque no pudieron determinar si tenían o no licencia, o si estaba constituida o no la comunidad de propietarios. El arquitecto técnico no pudo aclarar si estaba o no iniciada la legalización de la zona.

A la vista de lo anteriormente expuesto, se estimó que no resultaba proporcionada la demolición de la vivienda, siendo así que en este caso debe prevalecer el principio de intervención mínima, que pese a configurar prioritariamente un mandato dirigido al legislador, subyace en el ordenamiento punitivo y constituye uno de los principios inspiradores, llevando a la protección únicamente de los bienes jurídicos más importantes para el orden social y frente a los ataques que deban tenerse en cuenta como de mayor envergadura y trascendencia<sup>932</sup>.

---

<sup>932</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 663/2005 de 23 de mayo (R.J 2005/7339).

Esta decisión no es contradictoria con la condena penal, pero sí resultaría improporcionada y desproporcionada la demolición con las circunstancias concurrentes, que harían inapropiada la imposición de una sanción no acorde con la gravedad del impacto ambiental causado. Tampoco consta que se produzca desigualdad de trato, pues se desconoce la situación administrativa de las demás construcciones de la zona.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7ª), núm. 160/2009 de 30 de marzo<sup>933</sup>, se refiere a un delito sobre la ordenación del territorio, en relación al cual no se va a determinar la demolición de la obra, porque se trata de una vivienda realizada en una urbanización situada en suelo residencial de facto con plenos servicios, ubicada toda ella en suelo no urbanizable rural sin especial protección.

Y en otra Sentencia de esta misma Sala, la número 207/2009, de 24 de abril<sup>934</sup> se contempla otro caso en que se estima que no procede una demolición de obra por encontrarse ésta en una zona de total apariencia residencial. En su Fundamento Jurídico cuarto, se refiere a la demolición de dicha obra, remitiéndose en sus argumentaciones al Fundamento Jurídico quinto de la sentencia de 30 de marzo de 2009, de esta misma Sala.

En relación al artículo 319.3 del Código Penal, como podemos observar, los Tribunales han discrepado sobre esta materia, y si nos aproximamos en el tiempo a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, veremos casos en los que se hace más patente dicha discrepancia.

La Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª), en la Sentencia núm. 380/2010 de 12 de mayo<sup>935</sup> se refiere a la construcción de una nave en suelo no urbanizable: dada la naturaleza de la construcción, y el daño realizado, no se considera un caso grave, ya que “la demolición se acordará cuando conste patentemente que la construcción o la obra están completamente fuera de ordenación

---

<sup>933</sup> ARP/2009/1138.

<sup>934</sup> ARP/2009/846.

y no sean legalizables o subsanables. Asimismo, se acordará en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración, y en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial”<sup>936</sup>.

Este no sería el caso contemplado por la sentencia en cuestión. Resulta evidente, en primer lugar, dada la construcción y el daño realizado, que no estamos ante un caso grave que requiera la inmediata demolición; y en segundo lugar, y puesto que no se ha acreditado una desobediencia grave, la conclusión no puede ser otra que la de considerar que no es procedente acordar la demolición.

Según el fallo de esta Sentencia, llegamos a la conclusión de que, partiendo de determinados criterios sobre la demolición de la obra, una amplia jurisprudencia considera que no procedería aplicar la medida de demolición del 319.3 del Código Penal, sin perjuicio de lo que decrete la autoridad administrativa.

Así pues, observamos cómo, desde una posición más próxima a la consideración de la medida relativa a la demolición de la obra como sanción o responsabilidad propiamente penal, se evita su aplicación amparándose en criterios como la proporcionalidad o la prevalencia del principio de intervención mínima, puesto en conexión con la gravedad de los hechos<sup>937</sup>.

Al examinar la postura relativa a la procedencia de la demolición, en primer lugar nos referiremos a alguna jurisprudencia anterior a la modificación operada en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, según la cual procedería la demolición de obra, partiendo de la consideración de esta medida como sanción civil<sup>938</sup>.

---

<sup>935</sup> JUR/2010/350466.

<sup>936</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª), de 10 de marzo de 2008, a la que hace referencia la Sentencia de esta misma Audiencia, núm. 380/2010 de 12 de mayo (JUR/2010/350466).

<sup>937</sup> SÁNCHEZ ROBERT, M. J.: “Evolución jurisprudencial del concepto de demolición de obra desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 hasta la actualidad”, op. cit., pág. 237.

<sup>938</sup> Entre los autores que han mantenido que la demolición de obra constituye una consecuencia de naturaleza civil, que forma parte del contenido de la reparación, destacan MORALES PRATS, F y TAMARIT SUMALLA, J. M: “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en Comentarios al Nuevo Código Penal, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F (Coord.) Thomson Aranzadi, 3ª Edición,

La Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª), en la Sentencia núm. 435/2008 de 19 de diciembre<sup>939</sup>, acerca de un delito sobre la ordenación del territorio, llega a ordenar una demolición de obra, constituyendo un ejemplo claro de la jurisprudencia surgida a la luz del Código Penal de 1995. A dicha demolición de obra se refiere el Fundamento Jurídico segundo en el que se afirma: “Pues bien, esta Sala, en varias sentencias ha recordado cómo el artículo 319 del Código Penal lo que establece es la posibilidad de que el citado Tribunal acuerde la demolición de lo edificado, pero no como una consecuencia necesaria de la aplicación del tipo penal contenido en ese mismo artículo 319 del Código Penal, sino como una posibilidad que además exige de una motivación específica, lo que parece redundar no solo en ese carácter discrecional sino incluso en lo excepcional de la adopción de tal medida”. Se viene sosteniendo por distintas Audiencias Provinciales que la sanción contenida en el artículo 319.3 del Código Penal constituye en el Código Penal de 1995 una sanción desde el punto de vista civil, que forma parte del contenido de la reparación, lo cual constituye una afirmación que sin duda comparte la Sala, ya que encuadra la sanción dentro del precepto penal que tipifica la figura delictiva. Sin lugar a dudas, la misma forma parte de su contenido, y debido a ello, es una sanción que deriva del ilícito penal, aunque de naturaleza civil. La demolición de obra es una consecuencia que “podrá” ser ordenada, no conteniéndose, por consiguiente, en el artículo 319.3 del Código Penal un mandato imperativo, ya que dicho supuesto no dispone “se acordará la demolición”, sino, únicamente “podrá ordenarse”. La literalidad del precepto no deja lugar a dudas, sobre el hecho de que la sanción prevista es una decisión o una facultad del Juzgador, que a tenor del anterior artículo, debe ser motivada precisamente cuando se aplica de manera afirmativa. Por lo tanto, y con total independencia de la sanción, se ha de llegar como finalidad, o dicha sentencia llega a la conclusión de que la imposición de la misma queda reservada al arbitrio (no arbitrariedad), del Juzgador<sup>940</sup>.

---

Navarra, 2004, pág. 1666. M.A. BOLDOVA PASAMAR ha entendido, sin embargo, que, aunque tenga naturaleza civil, al tratarse de un acto de reparación del daño, la medida no se aplica en concepto de responsabilidad civil derivada del delito. Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M.A.: Los delitos urbanísticos, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 206.

<sup>939</sup> Cfr. JUR/2009/143593.

<sup>940</sup> Como la jurisprudencia ha reiterado de forma constante y a ello hemos aludido, el hecho de no acordarse por el Juzgador que la obra sea demolida, no significa en absoluto que la realidad opere a modo de sanción legalizadora, ya que, pronunciándose la jurisdicción penal, sobre una conducta ilícita que ha atentado contra la ordenación del territorio, el hecho de que el Juez Penal, por así haberlo querido expresamente el legislador, no considere oportuno acordar en dicho ámbito penal la

Como ya indicamos, al examinar otras sentencias, si se piensa que declarar la obra como ilegal y constitutiva de un delito del artículo 319 del Código Penal y luego no adoptar las medidas oportunas para eliminar dicha ilegalidad, podría resultar en principio incoherente, no es así, ya que esas posibilidades de demolición las sigue manteniendo la Administración, una vez resuelta dicha cuestión penal. Las posibilidades que tiene la Administración en este ámbito, incluso en orden a la posible demolición, harían, en principio, aconsejable dejar que sea en ese ámbito administrativo donde, en su caso, se acuerde, dando coherencia a las propias normas urbanísticas del municipio.

La Audiencia Provincial de Huelva (Sección 1ª), en la Sentencia núm. 184/2010 de 4 de junio<sup>941</sup>, se refiere a una demolición de obra, cuya procedencia deriva de la obligación de restaurar el equilibrio ecológico del terreno especialmente protegido, y que supone la aplicación del artículo 319.3 del Código Penal, apartado que, como venimos examinando, en su tenor literal, deja claro que esta medida es facultativa. Corresponde al órgano jurisdiccional valorar si procede ordenarla, motivando debidamente su decisión.

No se considera, en principio, una medida de naturaleza punitiva, aunque la demolición desde el punto de vista práctico, resulta más aflictiva, ya que representa la pérdida del dinero que se ha invertido en la construcción, de modo que se hace antieconómica la perpetración del delito; ésta es la razón por la cual los especialistas llaman la atención acerca de la denominada preventiva responsabilidad civil, al igual que sucede con la imposición de una pena privativa de libertad de corta duración, cuyo cumplimiento efectivo puede dejarse en suspenso internamente con vistas a su posterior revisión condicionada.

---

demolición de la obra, no impide, que en otro marco, el administrativo, marco que también ha de velar por la lícita utilización del suelo, pueda ser acordada la misma, debiéndose reseñar, llegados a este punto, que el Juzgador en modo alguno ha hecho mención alguna en su resolución sobre ningún impedimento que pueda tener la Administración para ordenar dicha demolición, como no lo existe para que se envíe a la Administración competente testimonio de la sentencia dictada, cuando así lo solicite el Ministerio Fiscal del Juzgado de que dimana, como se contempla expresamente en diversas sentencias citadas.

<sup>941</sup> Cfr. ARP/2010/1199.

Se estima, pues, que estamos ante una medida resarcitoria (una “*restitutio in integrum*”), que consiste en devolver las cosas tan pronto como sea posible, al mismo estado en que se encontraban antes de perpetrarse la conducta delictiva.

En un primer momento, sería razonable que quien de manera relevante ha modificado el equilibrio ecológico de un terreno especialmente protegido no cumpla con limitarse a abandonar y dar por perdida la obra que se ha llevado a cabo. La restauración del bien jurídico protegido lesionado demanda que se realicen los trabajos precisos con la finalidad de devolver a ese espacio a las condiciones donde éste se hallaba anteriormente. Por ello, se puede decir que existe una tendencia extendida a interpretar, en este sentido, que la demolición de lo construido será la regla general, so pena de que el autor del hecho delictivo pueda considerar rentable sufrir una pena, la cual resulta meramente simbólica en la práctica, lo cual se produciría como consecuencia de la suspensión de su ejecución efectiva, disfrutando de esta manera del resultado de su delito. Esta consecuencia es rechazada tanto desde el punto de vista criminológico, como desde el análisis económico del Derecho, ya que de esta manera podría funcionar como una incitación a la comisión de nuevos delitos de la misma clase<sup>942</sup>.

En definitiva, y aunque considerando que la demolición vendría a tener el carácter de una medida preventiva de naturaleza civil, se viene a insistir en la transcendencia de la adopción de esta medida para conseguir la finalidad de la restauración del bien jurídico lesionado. La reparación del daño exigiría la demolición de la obra ilegal que constituye el objeto material del delito.

Estimamos oportuno traer a colación, aquí, la posición mantenida por el Derecho alemán, para el que la demolición de obra sería una cuestión de Derecho público en sentido estricto, integrando, junto a otros, un precepto que conmina la conducta antinormativa con otras sanciones distintas al Derecho criminal. La

---

<sup>942</sup> Ello es congruente con el artículo 183.1 de la Ley 7/2002 de 17 de diciembre (LAN 2002, 588 y LAN 2003, 96), de Ordenación Urbanística de Andalucía, que al regular la reposición de la realidad física alterada (como reza su epígrafe), establece lo siguiente: “Procederá adoptar la medida de reposición de la realidad física alterada cuando: A) Las obras sean manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística. B) Se inste la legalización y ésta haya sido denegada. C) Se haya instado la legalización en el plazo concedido al efecto y de las actuaciones de instrucción realizadas en el

demolición de obra, en concreto, constituiría una medida de castigo que se encuadraría en el denominado Derecho Penal accesorio, que va más allá del StGB<sup>943</sup>. En el Derecho alemán, existe una cantidad extraordinariamente amplia de leyes de todos los campos del ordenamiento jurídico, que sancionan con la pena, la vulneración de determinados preceptos contenidos en ellas. A dicha suma de preceptos habría que añadir las leyes especiales, contenidas fuera del Código Penal, a las que se les denomina “Derecho penal accesorio”. Este Derecho Penal accesorio va a recibir un tratamiento exactamente igual que las descripciones delictivas de la Parte especial del StGB<sup>944</sup>.

Debemos, además, considerar, que en el Derecho Penal alemán cohabitan las normas de los diversos Länder y cada uno de ellos tiene su propio Código (Bauordnung). La hipótesis de la demolición de las construcciones ilegales habrá de atender al Länder concreto, e incluso a normativas particulares de municipios, relativas a las construcciones locales o a las autoridades de supervisión. A pesar de ello, se intenta unificar en un único modelo (Musterbauordnung).

En la sección tercera del Código Federal de la Construcción -Código Administrativo (Verwaltungsverfahren)-, se acogen las Ordnungswidrigkeiten, referidas a cuatro hipótesis, de las que destaca, respecto a nuestro tema de estudio, la cuarta, más relacionada con el urbanismo, y que, en concreto se refiere a “quien cambie o elimine, sin autorización, una estructura física dentro del ámbito de aplicación de una ley de conservación” (parágrafo 172.1.1) o de “un estatuto sobre la ejecución de medidas de un plan de urbanismo” (parágrafo 171 d.1). Las sanciones fijadas oscilan en una escasa cuantía: para los supuestos uno y dos, multa hasta 500 euros, para el tres hasta 10.000 euros y para el cuarto al que aludimos, hasta 25.000 euros, lo que manifiesta el carácter meramente preventivo de este Código<sup>945</sup>. Por lo que podemos entender que, en principio, la posición del Ordenamiento alemán

---

procedimiento, resulte la improcedencia legal de dicha legalización, por disconformidad de los actos con las determinaciones de la legislación y de la ordenación urbanística aplicables...”

<sup>943</sup> Vid. una recopilación del Derecho Penal accesorio en los Comentarios Erbs/Kolhaas, *Strafrenchliche Nebensetze*, 5ª ed, 1993.

<sup>944</sup> Cfr. ROXIN, Claus: *Strafrech Allgemeiner Teil*, München, 2006, S. 44.

<sup>945</sup> Como ejemplo de aplicación de la medida de demolición de obra, cfr. Bayerische Bauordnung (parágrafo 79) in der Fassung vom 14. August 2007.

estaría en la línea de la naturaleza más bien civil de la sanción, en el sentido examinado<sup>946</sup>.

Por último, vamos a referirnos a la postura jurisprudencial que, partiendo de la naturaleza penal de la medida, considera la procedencia de la demolición, sentido en el que se han venido a manifestar las primeras sentencias posteriores a la reforma.

La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª) dictó la Sentencia núm. 92/2004 de 19 de febrero<sup>947</sup>, relativa a la comisión de un delito sobre la ordenación del territorio, y en la que ordena una demolición de obra. Se adopta dicha decisión al amparo del art. 319.3 del Código Penal.

Frente al argumento de la Juzgadora de instancia respecto a considerar que la demolición de lo construido debe quedar supeditada a la solicitud de autorización que pudiera presentar el acusado para intentar legalizar la construcción, y en su caso, a la decisión que a tal respecto adopte la Administración, se alza la asociación recurrente al invocar que el acusado, perfectamente conocedor de la ilegalización del complejo que para usos privados llevó a cabo en una zona protegida, ya desistió de esa pretensión al no presentar la documentación que le solicitó la Dirección General de Urbanismo y Planificación Regional de la Comunidad de Madrid. Añade la asociación, que la necesidad de que se acuerde la demolición solicitada viene respaldada por uno de los principios que inspiran el Derecho ambiental de obligar a restablecer el medio ambiente a su estado inicial, estimando que demorar la decisión de demoler lo ilegalmente construido sobre un monte preservado de la Comunidad de Madrid, no es sino proporcionar al acusado unos cuantos años más de disfrute de unas construcciones a todas luces ilegales, y poner en tela de juicio la eficacia del delito contra la ordenación del territorio que tipifica el Código Penal en su artículo 319, por el que ha sido condenado el acusado.

---

<sup>946</sup> SÁNCHEZ ROBERT, M. J.; “Evolución jurisprudencial del concepto de demolición de obra desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 hasta la actualidad”, op. cit., pág. 241 y 242.

<sup>947</sup> Cfr. JUR/2004/239098.

La Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2ª), por su parte, dictó la Sentencia núm. 33/2007 de 26 de febrero<sup>948</sup>, refiriéndose, asimismo, a la necesidad de la demolición de obra a pesar de la existencia de edificaciones en la zona de características similares no demolidas por la Administración local competente. En contra de las alegaciones en relación con la medida de demolición de obra, prevista en el artículo 319.3 del Código Penal, la sentencia acuerda la demolición.

La Audiencia Provincial de Almería (Sección 3ª), en su Sentencia núm. 182/2010 de 28 de mayo<sup>949</sup>, se pronuncia sobre un delito sobre la ordenación del territorio, en relación al cual se acuerda también una demolición. A la vista de la redacción del artículo 319.3 del Código Penal, la demolición de la obra ha de constituir la norma general, como la única medida posible para restaurar el daño causado al bien jurídico protegido, porque de otra forma se perturbaría el daño causado sin solución, lo que supondría la ineficacia de la finalidad preventiva que pretende la norma penal, que se eludiría fácilmente sin mucho riesgo ni personal ni económico. Sobre esta cuestión esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en tal sentido en sentencias de 17 de septiembre de 2009 y 29 de enero de 2010 y anteriormente la Sección 2ª de esta Audiencia Provincial en sentencias de 30 de junio de 2009, 18 de mayo de 2009 y 19 de diciembre de 2009, en las que se argumenta que debe acordarse la demolición con el fin de dar protección y como acto de restauración de la legalidad urbanística, de reponer o restablecer a su primitivo estado el terreno en el que se levantó ilegalmente una construcción que era no autorizable, pues de la lectura de dicho apartado tercero hemos de colegir que el acuerdo de demolición es susceptible de ser adoptado en los casos en que las construcciones se lleven a cabo sin autorización en los 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 (párrafo primero del artículo 319 del Código Penal de 1995). Por ello, en el caso concreto, la obra no se considera legalizable. En definitiva, tratándose la construcción ejecutada por la inculpada, de una edificación que no es susceptible de

---

<sup>948</sup> ARP/2007/639.

<sup>949</sup> JUR/2010/350169.

que por la Administración competente pueda ser objeto de legalización o autorización, sólo cabe a fin de restaurar la realidad física de la finca, afectada por la ilegal edificación anteriormente descrita, decretar la demolición de la misma a costa de la acusada, habida cuenta de que dicho derribo es la única forma en que puede ser restablecida la legalidad urbanística transgredida, cuando se edificó en suelo no urbanizable.

La Audiencia Provincial de Baleares (Sección 1ª), por su parte, dictó la Sentencia núm. 228/2010, de 17 de septiembre<sup>950</sup>, que constituye la primera sentencia posterior a la reforma de la Ley 5/2010, en la que se decide la demolición de la obra<sup>951</sup>.

El Ministerio Fiscal adopta un especial cuidado al enunciar y motivar las causas por las que procede la demolición de la obra. De no procederse por esta vía de restitución del orden jurídico ilícitamente alterado, se premiaría al delincuente permitiendo que tenga el beneficio del delito; además, con ello se mandaría el mensaje a la sociedad de que los órganos judiciales penales no imponen la legalidad urbanística a quienes la transgreden. Con la finalidad de fundamentar esta gravosa reparación del daño, cita y glosa numerosas sentencias de distintas Audiencias Provinciales, en las cuales no cabe duda de que se impone la medida de la demolición de la obra, unas para el tipo del artículo 319.1 del Código Penal y otras para el artículo 319.2 del mismo Código<sup>952</sup>.

La defensa se opone y argumenta que no se acuerde la medida, en tanto que entiende que la misma no lograría restituir el orden jurídico alterado, teniendo en cuenta que existen muchas edificaciones en las parcelas.

---

<sup>950</sup> Cfr. JUR/2010/375140.

<sup>951</sup> Existen ya sentencias de Audiencias Provinciales, posteriores a esta fecha, en las que se decide la demolición de obra, como por ejemplo la Sentencia núm. 414/2011, de 25 julio (JUR 2011/381433), de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 3ª) o la Sentencia núm. 563/2011, de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, de 5 de diciembre de 2011.

<sup>952</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 29 de marzo de 2003, SAP de Pontevedra de 28 de mayo de 2006 y 30 de marzo de 2007, SAP de Alicante de 27 de diciembre de 1999, SAP de Madrid de 19 de febrero de 2004, SAP de Sevilla de 10 de mayo de 2007, SAP de Palencia de 31 de diciembre de 1998 y SAP de Córdoba de 7 de noviembre de 2006.

El artículo 319.3 del Código Penal dispone que la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, podrá ser ordenada de forma motivada a cargo del autor del hecho. La nueva redacción del precepto, tal y como se establece tras la reforma del Código Penal 5/2010, añade, además, que será posible la condena a reponer a su estado originario la realidad física alterada, reforzándose la tendencia legislativa que incrementa la tutela dispensada al medio ambiente y al suelo, en tanto que se trata de un recurso escaso y valioso.

Uno de los problemas más acuciantes que afecta actualmente al territorio nacional, y al territorio de esta Comunidad Autónoma en particular -en la que el suelo es muy escaso-, es el urbanismo descontrolado. Sin embargo, el problema no es exclusivo de España, y así, al hilo de pretendidas vulneraciones del artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que se establece que toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes, así como a no ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas en la ley y en los principios generales del Derecho Internacional, el Tribunal de Estrasburgo ha tenido ocasión de convalidar numerosas órdenes de demolición en sus Sentencias *Saliba c. Malta*, de 8 de noviembre de 2005; *Paudicio c. Italia*, de 24 de mayo de 2007 y *Vitiello c. Italia* de 17 de julio de 2007.

Tras la confrontación de los intereses en juego, la solución que se adopta en la sentencia es la demolición de las obras. Numerosas razones abonan la decisión. En primer lugar, porque se trata de una decisión legal impuesta por el artículo 109 del Código Penal y manifestada en una obligación de hacer, a su costa, del artículo 112 del Código Penal. En segundo lugar, porque constituye un principio general del Derecho el enunciado bajo el brocardo *ex iniuria ius non oritur*, es decir, que de un acto ilícito no puede nacer un derecho. En tercer lugar, porque los motivos de prevención general aconsejan no lanzar el pernicioso mensaje a la ciudadanía de que, tras la imposición de una pena de no cumplimiento, el delincuente puede retener el producto del delito. En cuarto lugar, porque no tendría sentido diferir la demolición a un procedimiento administrativo posterior que hasta el momento se ha mostrado ineficaz a causa de la conducta rebelde y delictiva del acusado. Y, en quinto lugar, porque se trata ésta de la única forma de reforzar positivamente a la ciudadanía que

rigurosamente cumple con la normativa urbanística, tanto solicitando las preceptivas licencias, como abonando los impuestos a ellas asociados.

Consecuencia de cuanto antecede es que el acusado haya de demoler lo ilícitamente construido y reponer la finca a su estado inicial, con arreglo a las instrucciones que sean aprobadas a tal efecto por la Gerencia de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Palma, quien deberá dar el visto bueno al satisfactorio cumplimiento de esta obligación. Caso de no verificar la reparación de forma voluntaria, o de ser la misma imposible, tal proyecto deberá ser ejecutado a costa del acusado por la Administración. Todo ello bajo supervisión judicial en fase ejecutoria. Se apercibe al acusado de que deberá abstenerse de realizar cualquier negocio jurídico sobre la parcela, que tenga por objeto impedir o dificultar la ejecución de esta sentencia, so pena de incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad judicial.

Así pues, se manifiesta, claramente, la tendencia jurisprudencial favorable a la demolición, entendida más bien como sanción penal, tratando de evitar su posible diferimiento a un procedimiento administrativo posterior, y todo ello, como hemos visto, con base en diversas, pero a mi entender, contundentes justificaciones<sup>953</sup>. Finalmente vamos a realizar una breve recapitulación sobre la evolución jurisprudencial a que hemos aludido.

La evolución jurisprudencial acerca del concepto de demolición de obra como posible medida a ordenar en el supuesto de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, recogida en el art. 319.3 del Código Penal, ha puesto de manifiesto una serie de discrepancias tanto respecto a la consideración de la naturaleza “civil” o “penal” de la medida, como respecto a la propia necesidad de su ordenación, o por el contrario la justificación de su improcedencia, si bien podemos apreciar, y sobre todo tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, una clara tendencia a favor a la demolición de la obra.

---

<sup>953</sup> SÁNCHEZ ROBERT, M. J.: “Evolución jurisprudencial del concepto de demolición de obra desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 hasta la actualidad”, op. cit., págs. 245 y 246.

En efecto, y refiriéndonos a la naturaleza de la medida, debemos considerar que, salvando algunas dificultades de orden formal, la tendencia jurisprudencial se ha ido inclinando cada vez más por la necesidad de su consideración como sanción penal, teniendo en cuenta el carácter facultativo y la necesidad de motivación a que se refiere el artículo 319.3, constituyendo una consecuencia jurídica del delito prevista en la norma penal. Las últimas sentencias aludidas se refieren a la necesidad de que sea la jurisdicción penal la que acuerde la demolición, como “sanción” que habrá de imponerse o no, atendiendo a la gravedad del delito. El hecho de las posibles dificultades que esta consideración tiene, respecto a la imposibilidad de la transmisión “mortis causa”, podrían fácilmente salvarse, teniendo en cuenta que siempre se podría acordar la demolición, incluso tras la muerte del delincuente o, en su caso, tan sólo imputado, como consecuencia del oportuno procedimiento administrativo.

La consideración como sanción penal, frente a la relativa a la sanción o responsabilidad civil, supondría superar lo que sería una simple medida “resarcitoria” -“preventiva responsabilidad civil”-, equiparable a las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, para considerar la medida de demolición como sanción penal incluida en el marco de la finalidad preventiva de la norma penal, formando por tanto parte, de la necesaria restauración del daño causado al bien jurídico protegido, idea que aparece reforzada tras la reforma del Código Penal en esta materia.

Por otra parte, la jurisprudencia, sobre todo en un primer momento, aunque con excepciones, ha venido a considerar, y a pesar de que el Código parezca configurar la demolición con carácter potestativo, pero general, al no recoger de modo expreso excepciones a la misma, que ocasionalmente podría evitarse su ordenación. Y ello, atendiendo a diversos argumentos como la necesidad de la adopción de un criterio unitario en relación a unas mismas circunstancias urbanísticas, o la concreta situación de la obra -zonas consolidadas de construcción o pendientes de regularización-, dejando siempre claro que la existencia de otras construcciones ilegales no puede servir para justificar el mantenimiento de una obra

---

ilegal. En cualquier caso, no podemos olvidar que toda demolición exigiría una motivación específica.

Se ha utilizado en diversas sentencias el criterio de la “proporcionalidad”, considerando que la ordenación de la demolición, en determinadas circunstancias, podría resultar absolutamente desproporcionada, y aquí ocuparía un papel relevante el principio de intervención mínima del Derecho Penal. Ahora bien, determinados argumentos se han considerado totalmente insuficientes para evitar la demolición, tales como la próxima elaboración de un nuevo PGOU. Queda claro que, en todo caso, la medida trata de proteger la ordenación del territorio y el urbanismo que, en el momento de la comisión del delito, esté en vigor.

En cualquier caso, se aprecia una paulatina evolución jurisprudencial a favor de una postura que podríamos considerar más beligerante con las obras ilegales, en el caso de condena por delito sobre la ordenación del territorio y urbanismo, es decir, en el sentido favorable a la demolición. Esta posición no sólo se viene a justificar en las circunstancias sociales de nuestro país y los países de su entorno, que reclaman una mayor protección al medio ambiente, sino sobre todo en la necesaria consecución de una mayor eficacia de los tipos penales, que va a exigir la restauración del daño causado al bien jurídico protegido.

La reforma operada por la Ley 5/2010, y como ya se ha puesto de manifiesto en la última sentencia referida, va a venir a reforzar la idea del necesario restablecimiento de la legalidad urbanística, frente a un Derecho Administrativo Urbanístico que ha resultado ser claramente insuficiente. De hecho, resulta muy significativo que en la redacción actual del artículo 319.3, además de la medida de demolición, se contemple la posible ordenación de la “reposición” a su estado originario de la realidad física alterada.

La finalidad preventiva de la norma penal, en este caso plasmada en la posible ordenación de la demolición, debe hacerse más efectiva. Y así se pone de manifiesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 17 de septiembre de 2010, que dictada con posterioridad a la reforma, ofrece unos sólidos argumentos a favor de la ordenación de la demolición. Y en parecido sentido, la

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, de 5 de diciembre de 2011, al confirmar la Sentencia de 11 de abril de 2011 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Castellón.

No obstante lo anterior, particularmente entiendo que la medida relativa a la demolición, aun siendo en muchos casos necesaria, no deja de ser, incluso tras la reforma, una medida potestativa y que, en todo caso, ha de ser motivada. Y ello conduce a la inevitable toma en consideración de los principios básicos que rigen el Derecho Penal, y en particular el de intervención mínima, que habrían de presidir la adopción, atendiendo a cada caso concreto, de la decisión que el Juzgador considere más acorde con dichos principios.

#### **IV. LA REPOSICIÓN DE LA REALIDAD FÍSICA ALTERADA.**

La reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, ha sido aprovechada para añadir -con carácter potestativo-, al igual que ocurre con la demolición de obra, la posibilidad de la reposición de la realidad física alterada; así mismo, se dice en el artículo 319. 3 del Código Penal que los jueces o tribunales “podrán ordenar...la reposición a su estado originario de la realidad física alterada”<sup>954</sup>. Esta medida, se puede concretar en la retirada de los escombros generados por la demolición de obra, en la reposición de la masa arbórea eliminada, la restauración de la cubierta vegetal, etc.<sup>955</sup>.

El artículo 339 del Código Penal que hasta este momento, resultaba el aplicable como disposición común para todos los delitos previstos en el Título XVI, se refería a la posibilidad de asistir a los Jueces y Tribunales para que decreten la “adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado”. En la actualidad, ha dejado de ser una mera posibilidad, para convertirse en una obligación, pues se establece que han de

---

<sup>954</sup> Esta medida de restauración de la realidad física alterada, se contempla, y como ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén 159/2009, de 7 de julio (ARP/2010/131). En este caso se condena a los autores, a que procedan “a la colocación de un muro de mampostería para contener el talud en toda la extensión escalada en el carril”.

ordenarla “en todo caso”, tras la reforma de la Ley 5/2010. El hecho de que sea incluida la reposición de la realidad física alterada, en el artículo 319. 3 del Código Penal, puede que sea un reflejo de la autonomía con la que parece que el legislador ha revestido al bien jurídico protegido ordenación del territorio y urbanismo. Ello no impide, que cuando las obras típicas causen daños al equilibrio ecológico, se recurra al artículo 339 del Código Penal<sup>956</sup> para ordenar la recuperación<sup>957</sup>.

Así pues, anteriormente, se utilizaba el artículo 339 del Código Penal, con carácter general, para devolver al estado originario la realidad física que había sido alterada, pero al introducir el artículo 319. 3, mediante la reforma de la Ley 5/2010, la reposición específica para el artículo 319, la aplicación de éste resulta más adecuada, dejándose así la utilización del artículo 339 del Código Penal, para otros casos en que no se aluda, expresamente, en la propia regulación del delito en cuestión, a la reposición de dicha realidad física alterada.

## **V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO.**

Antes de referirnos a la responsabilidad civil en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, hemos creído conveniente hacer algunas consideraciones sobre la regulación de ésta, a un nivel general, en el Código Penal<sup>958</sup>, así como a la responsabilidad civil en el ámbito de la construcción, ya que entendemos que se pueden extraer algunas conclusiones que serían, si no siempre aplicables, al menos interesantes, en relación a los delitos del artículo 319.

---

<sup>955</sup> El artículo 49 del Reglamento de Disciplina Urbanística se refiere, y como ejemplo, a un elenco de actividades de restauración.

<sup>956</sup> Este artículo dispone literalmente que “los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título”.

<sup>957</sup> En este sentido, cfr. ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 292.

<sup>958</sup> Sobre la responsabilidad civil *ex delicto*, vid., por todos, COBO DEL ROSAL, M.-PERIS RIERA, J.-QUINTANAR DÍEZ, M.- SÁNCHEZ DOMINGO, B.: Sinopsis de Derecho Penal. Parte General. Libro de estudio, Dykinson, S.L., Madrid, 2011, págs. 291 y ss

El Título V del Código Penal, en su Capítulo I denominado “De la responsabilidad civil y su extensión”, contiene algunos artículos a que vamos a aludir brevemente, ya que pueden afectar a la responsabilidad civil, contemplada en el artículo 319 del Código Penal.

El artículo 109 del Código Penal establece:

“1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.

2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil”.

De este artículo, pueden extraerse importantes conclusiones, partiendo del hecho de que la fuente de ejecución no es, en realidad, el delito, sino el perjuicio mensurable causado por el mismo. La ejecución de un hecho delictivo puede, aunque no siempre, producir la obligación de reparar a cargo de los autores y partícipes, o de otras personas. La responsabilidad civil puede nacer de la realización de un hecho descrito por la ley como delito o falta, siendo posible distinguir entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil derivada del delito, aunque no de todo delito deriva una responsabilidad civil, sino que se requiere que la comisión de ese delito haya causado un daño también patrimonial o moral.

El artículo 110 del Código Penal, referido al contenido de la responsabilidad establece que “la responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

1º) La restitución.

2º) La reparación del daño.

3º) La indemnización de perjuicios materiales y morales”.

En relación al objeto de la restitución, debemos indicar que, según el artículo 112 la restitución ha de hacerse “del mismo bien”. Con ello se pretende una ampliación del objeto de la restitución, que incluirá en su caso también al dinero. Respecto a la reparación del daño, el Código Penal separa “la reparación del daño” de la “indemnización de perjuicios” dotándolos de un contenido diferente. Daño, debe entenderse en su aspecto “material”, como lesión o destrucción de la cosa que,

por supuesto, si es mueble, no es restituible. En cambio, no corresponderían al concepto de los daños los de carácter físico o psíquico sufrido por las personas, que entrarían dentro de concepto de perjuicio. Y en relación a la indemnización de perjuicios materiales y morales, tema que es el que especialmente nos interesa, destacamos que la indemnización es el concepto más amplio: el perjuicio es algo superior al daño, no sólo es físico y puede incluir tanto a la víctima del delito, como a personas que no han tenido relación directa con el hecho delictivo. La jurisprudencia (STS 3/12/91) señala que, así como en la responsabilidad civil puede consignarse una partida correspondiente a los perjuicios materiales a reparar, otra deberá dedicarse a la indemnización de los perjuicios de toda índole sufridos por la víctima.

La indemnización supone afectación, la cual puede ser material (lesión física) o moral. Cuando se trata de un daño moral, el problema es determinar el fundamento y su valor económico. Antiguamente se estimaba que poner precio al dolor moral era una obscenidad, pues equivalía a un tráfico de sentimientos. La indemnización de daños morales, no obstante, es hoy habitual en nuestra realidad penal.

En cualquier caso, para que una persona responda civilmente, es preciso que se cumplan ciertas condiciones: en primer lugar que se haya cometido un delito o falta y así se declare en un proceso penal; que la acción para perseguir ese delito no se haya extinguido; y que se aprecie una existencia de daños o perjuicios derivados de ese delito. La responsabilidad civil que regula el Código Penal requiere de una sentencia condenatoria, lo cual supone un proceso con todas las garantías constitucionales.

La obligación de reparar los daños y perjuicios derivados de la comisión de un delito se rige, por una norma general, por el Código Penal, y en lo no previsto, por el Código Civil. Sin embargo existen excepciones. Como ejemplo, tendríamos los delitos con específicas obligaciones de reparar, entre los que se encuentran los relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, al incluir el artículo 319.3 expresamente los términos “sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.

Respecto a la indemnización, el artículo 113 del Código Penal dispone que “la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros”.

Este es el concepto más amplio dentro de la responsabilidad civil, que fija los sujetos beneficiarios con derecho a la indemnización, siendo la expresión “agraviado”, entendida como ofendido, equivalente al sujeto pasivo o titular del bien jurídico protegido, que se equipara al perjudicado. Aunque en el supuesto de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, el sujeto pasivo sea la colectividad, como tuvimos la ocasión de examinar, esto no implica que de la comisión del delito no puedan derivar perjuicios a terceros de buena fe, en relación a los cuales los jueces o tribunales, siempre motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho delictivo, el abono de las correspondientes indemnizaciones.

El artículo 114 del Código Penal se refiere a la posible moderación del importe de la reparación, disponiendo que “si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización”. Hay que tener en cuenta que, en relación a los delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo, se podría añadir un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial<sup>959</sup>.

Por último, el artículo 115 del Código Penal, dispone que “los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución”. Ciertamente, los Jueces o Tribunales han de ser los que decreten la cuantía de los daños o indemnizaciones, o sea la responsabilidad civil del delito, y la pueden fijar en la resolución, en la que se fundamente dicha cuantía, o bien en el momento posterior de la ejecución.

---

<sup>959</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª), de 10 de marzo de 2008, a la que hace referencia la Sentencia de esta misma Audiencia, núm. 380/2010 de 12 de mayo (JUR /2010/350466).

La responsabilidad de los delitos cometidos en el artículo 319 viene derivada del artículo 1591 del Código Civil<sup>960</sup>, que se refiere a la presunción de culpa del arquitecto y del constructor. Dicho precepto establecía un sistema de libertad privativa de los agentes de la edificación, al disponer que el arquitecto respondiera por los vicios del suelo o de la dirección, y el contratista por los defectos de la construcción. Esta responsabilidad de daños y perjuicios, se plasmó en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y cuyo contenido debe entenderse similar al que se deriva del artículo 319, en relación a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

La regla general de la Ley de Ordenación de la Edificación, es que la responsabilidad será exigible de forma personal e individualizada, siguiendo el criterio utilizado por los tribunales hasta la entrada en vigor de dicha norma. La esencia de la responsabilidad personal e individualizada se deriva de que cuando los daños materiales sean imputables a uno de los agentes de la edificación, sólo él habrá de responder. La LOE viene a recoger posturas jurisprudenciales del Tribunal Supremo, mediante las cuales se establecen las obligaciones que corresponden a cada uno de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación. De forma adicional, en la LOE se pretende regular de manera unitaria a todos los agentes de la edificación: sus clases, funciones y responsabilidad en el proceso edificatorio<sup>961</sup>. La LOE vino, pues, a concretar el desarrollo jurisprudencial que tuvieron que realizar los tribunales respecto al artículo 1591 del Código Civil. Y para ello ha pretendido dotar a los afectados por los vicios constructivos de mayor seguridad, garantías y herramientas para poder reclamar, aunque no consiguió todo el éxito que esperaba.

---

<sup>960</sup> El artículo 1591 del Código Civil establece: “El contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, 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”.

<sup>961</sup> CERVILLA DOMÍNGUEZ, M.: La responsabilidad civil de los agentes de la edificación, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S. A., Madrid, 2011, págs. 43-45.

A pesar de todos los esfuerzos realizados por el legislador para individualizar y personalizar la responsabilidad de los agentes de la edificación, lo cierto es que los tribunales vienen a mantener la solidaridad sobre el artículo 1591 del Código Civil, y lo hacen como un mandato legal de obligado al cumplimiento, lo cual significa que mientras no se pueda identificar al causante, o mientras que no sea posible especificar el grado de participación de cada uno de los agentes de la edificación, se establecerá la responsabilidad solidaria entre todos ellos. Este problema, evidentemente, no se producirá en el ámbito del Derecho Penal, ni en particular, en relación al artículo 319, ya que, evidentemente, el obligado a la indemnización será el sujeto activo del delito autor de los hechos y, por tanto, condenado por los mismos.

Descendiendo ya a un examen más concreto del artículo 319.3, modificado por la Ley 5/2010, debemos recordar que el mismo dispone: “En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, *sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe*. En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

La demolición de obra no impide la exigencia de las responsabilidades civiles del autor del delito o los responsables civiles subsidiarios. Los daños y perjuicios ocasionados debe pagarlos el promotor, constructor o técnico director, tenemos que atenemos al caso concreto, para ver quién o quiénes son los sujetos activos que deben ser condenados a pagar dicha indemnización, ya que debemos tener en cuenta que la responsabilidad puede ser conjunta, en el caso de la coautoría y participación; el Juez debe estar al caso concreto.

En relación al apartado primero del artículo 319, podemos poner como ejemplo de responsabilidad civil, en el que se indemnizaría por daños y perjuicios a terceros de buena fe, el caso de un constructor, que lleva a cabo una obra en una playa, que tiene la consideración de bien de dominio público. El Juez, en aplicación del artículo 319. 3 del Código Penal, decreta su demolición, pero antes de que la obra resulte demolida, el promotor de esta vivienda, con conocimiento de los hechos

anteriores, la pone en venta y un particular la compra de buena fe. Finalmente, se lleva a cabo la demolición de dicha obra. En este supuesto, al tercero de buena fe que ha comprado la vivienda, habría que indemnizarle por daños y perjuicios. En este ejemplo, se ocasionaría un daño a terceros y sería el promotor el que ha de ser condenado a pagar la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al tercero, que es comprador de la vivienda de buena fe.

Si en el mismo caso anterior, el constructor también ha actuado de mala fe, conociendo el tipo de suelo en que construía y actuando conjuntamente con el promotor, ambos serían coautores del delito y por lo tanto, siendo ambos sujetos activos de este delito, deberán pagar solidariamente la indemnización al tercero que ha comprado la vivienda de buena fe.

En relación al apartado segundo del artículo 319, y como ejemplo de responsabilidad civil en este caso, podemos referirnos al arquitecto (técnico-director) de una obra, que lleva a cabo un proyecto no autorizable en suelo no urbanizable, según la normativa urbanística municipal. Al construir el edificio, y a sabiendas de que no puede construir en este tipo de suelo, lleva a cabo la edificación que, una vez construida, vende el promotor de dicha obra (con el que se había puesto de acuerdo previamente, para la comisión de dicha ilegalidad), y es comprada por un tercero de buena fe, desconocedor de la ley y del delito cometido. En este caso, ambos, arquitecto y promotor conocen de la ilegalidad cometida. Por lo cual, el Juez puede decretar, además de la pena correspondiente por la comisión de este delito, la indemnización solidaria al tercero que ha comprado de buena fe, ya que se trata de una coautoría, puesto que ambos se habían puesto de acuerdo previamente. Y en este mismo supuesto, si el promotor no conocía la situación ilegal del suelo, sobre el que se construye la vivienda, será el arquitecto (técnico-director) de la obra, el que responderá como sujeto activo del delito, siendo el único obligado por sentencia judicial a pagar la indemnización que corresponda al tercero que ha comprado de buena fe.

Y finalmente, respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas establecida en el apartado cuarto del artículo 319, debemos asimismo advertir que, indudablemente, y además de responder por los delitos del artículo 319. 1 y 2, las

personas jurídicas, en caso de que el Juez o Tribunal así lo disponga en la sentencia, responderán también indemnizando a los terceros de buena fe, cuando se les haya ocasionado daños y perjuicios. En todos los supuestos anteriores, serían de aplicación, a nuestro entender, las consideraciones que hemos efectuado, con carácter general, sobre la responsabilidad por daños y perjuicios, y teniendo, además, en cuenta, las realizadas respecto a la responsabilidad individual y personal, configurada en la Ley de Ordenación de la Edificación.

## **VI. EL COMISO DE LAS GANANCIAS PROVENIENTES DEL DELITO.**

Si nos referimos, en general, a la figura del comiso que de forma alternativa puede solicitar el Ministerio Fiscal, la pena de comiso se recoge en los artículos 127 y 128 del Código Penal, y de modo específico para los delitos contra la salud pública, en el artículo 374 del Código Penal. Se trata una medida cuya naturaleza es claramente punitiva y reiteradamente recordada por la jurisprudencia, pero que no es susceptible en el Código Penal de 1995, de imposición generalizada ni automática, sino que guarda una estrecha relación con la naturaleza del delito cometido, con la titularidad del bien intervenido y con la relación del hecho punible y el efecto que se trata de decomisar, de lo que se deriva, de una parte, que debe ser expresamente solicitada en cada caso concreto y, de otra, que procede no decretarla cuando los bienes pertenecen a un tercero no responsable de un delito o cuando no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción<sup>962</sup> y, cuando se trate de dinero intervenido, su comiso exige que guarde directa relación con el delito, es decir, que se trate de sumas empleadas para su comisión u obtenidas como beneficio a causa de la misma, igual que, cuando el comiso tiene por objeto efectos o útiles, éstos deben mantener, asimismo, esa relación con la acción típica, bien por servir para su comisión o por proceder de ella, relación o nexo entre el delito y bienes que

---

<sup>962</sup> En relación a ello, vid. las sentencias del TS de 27 de octubre de 1994 (RJ 1994, 8187), 22 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2254), 30 de abril de 1996 (RJ 1996, 3062), 20 de enero de 1997 (RJ 1997, 337) y 11 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3062).

exige el propio texto legal y que es reiteradamente recordada por el Tribunal Supremo<sup>963</sup>.

En el caso concreto de no haberse interesado por el Ministerio Fiscal el comiso, es obvio que no puede acordarse tal consecuencia accesoria por respeto al principio acusatorio<sup>964</sup>, como tiene declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en sus sentencias de 20 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 8163), 6 (RJ 2004, 5766) y 16 de julio de 2004 (RJ 2004, 4132). El comiso, como hemos indicado, es una medida que se encuentra regulada en los artículos 127 y 128 del Código Penal, en un título denominado “de las consecuencias accesorias”, y al que también se refiere el artículo 374 en cuanto a su aplicación en los delitos relativos al tráfico de sustancias estupefacientes, que no puede acordarse de oficio por el Juzgado o Tribunal correspondiente. Es necesaria su petición por alguna de las partes acusadoras con la debida concreción y la determinación de las razones de su procedencia, para que las personas afectadas tengan la posibilidad de defenderse particularmente, tras las últimas modificaciones que confieren al Juez o Tribunal la posibilidad de denegarlo o sólo decretarlo parcialmente, como prevé el artículo 128 del Código Penal.

En el ámbito de las consecuencias jurídicas de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, el segundo inciso del artículo 319. 3 del Código Penal, como se decía anteriormente, ha introducido una disposición, según la cual “en todo caso, se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”, lo cual supone otra importante modificación operada en virtud de la Ley 5/2010.

Con anterioridad a la introducción de esta disposición , y como ejemplo, la Fiscalía especial en materia de medio ambiente y ordenación del territorio de la Audiencia Provincial de Cádiz, en diversos supuestos y de forma alternativa, además de solicitar la demolición de obra, también solicitó el comiso. En las sentencias números 435/2008, de 19 de diciembre (JUR/2009/143593) y 407/2008 de 26 de diciembre (JUR/2009/200880), la respuesta que dieron las Salas de la Audiencia, fue

---

<sup>963</sup> Cfr. las sentencias de 20 de enero de 1997 y 27 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1803).

<sup>964</sup> Cfr. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª), núm. 435/2008 de 19 de diciembre (JUR/2009/143593).

la misma para los dos casos. Ambas rechazaron esta posibilidad, utilizando el argumento procesal de que durante la instancia, no fue interesada su aplicación por parte de la Fiscalía, por lo cual, introducirla en alzada, desvirtuaría el proceso. En sucesivos procedimientos, nada impediría que el decomiso fuera interesado en instancia y se hubiera podido tomar una decisión concreta sobre el fondo del asunto, lo que plantea una serie de dudas respecto al comiso del artículo 319.3.

La primera duda que se plantea, es la de si es necesario en esta sede, hacer mención expresa, en este sentido concreto, a la medida que en el artículo 127 del Código Penal<sup>965</sup> se prevé o no. Esto es, el decomiso de los efectos que provengan del delito o la falta, y de los bienes, de los medios o instrumentos mediante los cuales se haya preparado o ejecutado dicho delito o cualquiera de las transformaciones que hayan podido experimentar. Ciertamente, no se añade ninguna novedad al régimen general, por lo que resulta redundante dicha referencia.

Sin embargo, sí hubiera tenido sentido en cambio, lo que según ACALE SÁNCHEZ, hubiese sido incorporar el decomiso del “objeto material del delito”, que

---

<sup>965</sup> El artículo 127 del Código Penal dispone lo siguiente:

“1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

2. En los casos en que la Ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el **comiso** por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

4. El Juez o Tribunal podrá acordar el **comiso** previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

5. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la Ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán”.

no se incluye en el artículo 127 del Código Penal y por lo tanto no es decomisible<sup>966</sup>; cuando el legislador pretende que se decomisen “los objetos materiales del delito”, lo señala expresamente en la parte especial. Como ejemplo, sí viene previsto en artículos como el tráfico de drogas (artículo 374 del Código Penal), delitos contra la seguridad del tráfico (artículo 385 del Código Penal), además de los delitos de cohecho y tráfico de influencias del artículo 431 (cuando se refiere a las dádivas) y también en los delitos de contrabando (artículo 5. a) de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando). Si observamos, en cambio, el artículo 319.3, éste se refiere sólo al comiso de las ganancias incluidas en el artículo 127<sup>967</sup>. Estas ganancias, por otra parte y en sentido estricto, solamente serían apreciables en el caso en el que se haya transmitido a terceros la obra construida; en la medida en que se trate de una vivienda ilegal para el uso de quien la construye, difícilmente puede hablarse de “beneficio”, pues dicha vivienda como tal, no podría ser tasada según un valor de mercado que no existe. Todo ello, da a entender que se confunde “el objeto material” con “las ganancias provenientes del delito”; lo que se señala aquí es que se decomisará la vivienda, porque en definitiva es “un beneficio proveniente del delito”.

El artículo 127 del Código Penal, se utiliza para aquellos artículos en los que no se prevé de manera expresa el comiso de las ganancias provenientes del delito, pero en los que, sin embargo, sí se lleva a cabo. El artículo 319.3 no sería este caso, porque en este apartado tercero, se incluye el comiso de las ganancias provenientes del delito. Por lo que no será necesario el uso del artículo 127.

El artículo 319. 3 del Código Penal señala que “se podrá decretar” la demolición, pero “en todo caso” se decretará el comiso, lo que no supondría contradicción alguna si se hubiese señalado el decomiso del objeto material del delito, entendiendo por tal, no la construcción o edificación en sí misma considerada, sino el suelo sobre el que aquélla se llevó a cabo. De esta manera, en primer lugar se decretaría la demolición de la obra, con la finalidad de restaurar el orden urbanístico

---

<sup>966</sup> Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M.; Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 292.

<sup>967</sup> Vid. En este sentido, LLOBET ANGLI, M.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit., pág. 368.

vulnerado y en segundo lugar, se decomisaría el suelo; aunque realmente no es lo que se establece en el precepto examinado.

Respecto a la incorporación del comiso en el artículo 319.3, la segunda duda, está relacionada con el “destino” que se le dará a los bienes decomisados. Si los beneficios económicos o la vivienda se decomisa, ha de entenderse, según ACALE SÁNCHEZ, que se trataría entonces de bienes que no son de “lícito comercio”; no cabría, en este sentido, que se vendiera la construcción con la finalidad de la satisfacción de las responsabilidades civiles. De esta manera, o se establece de manera reglamentaria “un destino” o “se inutilizarán”, esto es, se demolerán, y, con ello, se plantearía un problema de mayor envergadura: si en este caso, se decreta la demolición de lo ilegalmente construido, el autor ha de correr con los gastos que genere, ahora bien, si se decreta el comiso, esto es, la inutilización, no queda en este caso claro, sobre quién recaerán los mismos.

Al margen de estas dudas, por otro lado, el efecto indirecto que genera la inclusión expresa del comiso en el artículo 319.3 y no en el resto del Título, va a ser que parece poner de manifiesto que no se podrá decretar nada más que en materia urbanística: como ejemplo, no se podrá decretar el comiso del suelo sobre el que se llevó a cabo el derribo del edificio que ha sido singularmente protegido, con lo que se puede estar limitando las posibilidades que el régimen general del artículo 127 del Código Penal ofrece al juzgador<sup>968</sup>.

## **VII. LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO Y DE LA PENA.**

Las causas de extinción de la responsabilidad criminal se recogen en el artículo 130 del Código Penal, debiendo distinguir entre la prescripción de las infracciones y la prescripción de las sanciones<sup>969</sup>. La prescripción, como institución jurídica presente en todos los sectores del ordenamiento jurídico, es aplicable tanto, en los delitos sobre la ordenación del territorio como a las infracciones urbanísticas.

---

<sup>968</sup> Cfr. en este mismo sentido, ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 293 y 294.

De ahí que sea conveniente su análisis respecto a ellos<sup>970</sup>. En Derecho Penal, la prescripción del delito es un instituto que permite la extinción de toda posibilidad de valorar jurídico-penalmente los hechos y de atribuir una responsabilidad criminal por los mismos, debido al transcurso de un tiempo determinado<sup>971</sup>. La prescripción es, por tanto, una causa de extinción de responsabilidad penal, según el artículo 130 del Código Penal<sup>972</sup>. En relación a los delitos sobre la ordenación del territorio, en sentido estricto, del antiguo Código Penal de 1995, anterior a la reforma de la LO 5/2010, operaba el plazo de tres años según el artículo 131.1 del Código Penal<sup>973</sup>, ya que se castigaban con penas menos graves.

Dicho plazo, en el Código Penal de 1995, anterior a la reforma, operaba tanto para la pena de prisión de seis meses a tres años, como para las inhabilitaciones especiales hasta tres años, y multa de más de dos meses (artículo 13.2, en relación con el artículo 33.3 del Código Penal, en sus apartados a), b) y g) y el artículo 131. 1 en el párrafo quinto). Además, debemos tener en cuenta que estos plazos, son diferentes a los de la prescripción de las penas, en el caso de que haya una sentencia firme pero que no llegue a cumplirse<sup>974</sup>. En relación a las penas previstas en el artículo 319, al ser éstas menos graves, según el artículo 33.3<sup>975</sup>, éstas prescribirán a

---

<sup>969</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 315.

<sup>970</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio, op. cit., pág. 1168.

<sup>971</sup> Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Lecciones de consecuencias jurídicas del delito...op. cit., pág. 283.

<sup>972</sup> Sobre la naturaleza de la prescripción, C. REY GÓNZALEZ, afirma que "...a partir de 1932, no puede dudarse del carácter netamente sustantivo de la prescripción, al no ser sino una de las formas de extinción de la responsabilidad penal.". En La prescripción de la infracción penal (en el Código de 1995), Madrid/Barcelona, 1999, pág. 40.

<sup>973</sup> El artículo 131 establece:

"1. Los delitos prescriben:

A los 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de 15 o más años.

A los 15, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de 10 años, o prisión por más de 10 y menos de 15 años.

A los 10, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10.

A los cinco, los demás delitos, excepto los de injuria y calumnia, que prescriben al año.

Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año".

<sup>974</sup> Vid. PASTOR ALCOY, F.: La prescripción en el Código Penal de 1995 y su aplicación retroactiva, Práctica de Derecho S. L, Valencia, 1996, pág. 73.

<sup>975</sup> El artículo 33.3 del Código Penal dispone: "Son penas menos graves:

a) La prisión de tres meses hasta cinco años.

b) Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años.

c) La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años.

d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años.

e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años.

los cinco años desde la fecha de la sentencia firme (artículo 133.1 del Código Penal, párrafo quinto en relación con el artículo 134). En la legislación del suelo, cuya redacción se establecía entonces en el artículo 263.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, respecto al plazo de prescripción para las infracciones urbanísticas graves, se fijaba en cuatro años a computar desde el día en que se haya cometido la infracción o, en su caso, desde aquel día en que hubiera debido incoarse el procedimiento.

De la comparación entre los plazos establecidos de prescripción para los delitos que nos ocupan y para las infracciones urbanísticas graves, cabe destacar la mayor duración, en un primer momento, en relación con estas últimas<sup>976</sup>. La doctrina científica puso de manifiesto la desigualdad entre los distintos plazos<sup>977</sup>, destacando la situación que paradójicamente conducía a la posibilidad de perseguir administrativamente durante más tiempo a los responsables de las infracciones urbanísticas graves que a los autores de los delitos contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 319 del Código Penal de 1995, anterior a la reforma de la LO 5/2010.

Lo cierto es que podía apreciarse una descoordinación entre el orden penal y el orden administrativo sancionador, que produjo un desconcierto, habida cuenta que desde una perspectiva amplia, la prescripción puede considerarse como una restricción al *ius puniendi*, por lo tanto, la potestad administrativa sancionadora se aplicaba con más larga duración. Dicha disfunción podía entenderse como superada en el Código Penal de 1995, anterior a la reforma, gracias a la derogación del Real Decreto 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el TRLS de 1992, por el Texto

---

f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años.

g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.

h) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.

i) La multa de más de dos meses.

j) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo.

k) Los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días.

l) La localización permanente de tres meses y un día a seis meses.

m) La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, cualquiera que sea su duración”.

<sup>976</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio, op. cit., pág. 1169.

<sup>977</sup> En este sentido LÓPEZ RAMÓN, F., en “Aspectos Administrativos de los delitos urbanísticos”, op. cit. pág. 61 y GARCÍA PLANAS, G., en El delito urbanístico...op. cit., pág. 79.

Refundido de la Ley de Suelo y Valoraciones de 1998. A raíz de su Disposición Derogatoria Única I, el artículo 263. 1 del TRLS de 1992 quedó derogado y por lo tanto, en materia de prescripción, adquirió una renovada vigencia, el artículo 230 del TRLS de 1976. En este precepto no se distingue entre infracciones administrativas graves o leves, sino que se establece, en general, que las infracciones urbanísticas prescribirán al año de haberse cometido, "...salvo cuando en la presente Ley se establezca un plazo superior para su sanción o revisión"<sup>978</sup>. Así pues, debido a las distintas y sucesivas reformas a que se ha visto sometido nuestro Derecho Urbanístico -y no a una voluntad legislativa expresa-, puede decirse que, de atender al artículo 230 TRLS de 1976, debe entenderse que los plazos de prescripción de las infracciones urbanísticas resultan inferiores a los de los delitos sobre la ordenación del territorio en sentido estricto, anteriores a la reforma de la LO 5/2010, lográndose mediante ello una mejor coordinación entre los ordenamientos penal y administrativo<sup>979</sup>.

Para conocer el plazo de prescripción de las infracciones urbanísticas graves o muy graves, tenemos de hacer referencia a las leyes autonómicas como la Ley 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística de Aragón, que establece un plazo para las infracciones graves de cuatro años y de diez años para las infracciones muy graves (artículo 209.1), o la Ley 2/2002, de 14 de marzo de Urbanismo de Cataluña, que para las primeras establece un plazo de cuatro años y de seis para las segundas (artículo 219. 1). De esta manera, si bien no puede plantearse la posibilidad de castigar como delito una infracción urbanística prescrita<sup>980</sup>, sí es posible que sin embargo se produzca la situación inversa de sancionar como infracción

---

<sup>978</sup> Dicha declaración se realiza en el artículo 230 de la TRLS de 1976, mientras que en el apartado segundo, se establece que "el plazo de prescripción comenzará a computarse desde el día en que se hubiera cometido la infracción, o en su caso, desde aquél en que hubiera podido incoarse el procedimiento".

<sup>979</sup> Esta coordinación puede cuestionarse en atención a la regulación de la prescripción en las legislaciones autonómicas. Así, como constata R. PARADA VÁZQUEZ, "el plazo de cuatro años para la prescripción se ha convertido en general en Cataluña, Madrid, Galicia y Asturias para toda clase de infracciones (artículo 24 de la ley catalana, 83.1 de la madrileña, 54 de la gallega y 21 de la asturiana)". Únicamente se exceptúa de este plazo a las infracciones de zonas verdes y espacios libres a efectos de su revisión en vía administrativa. La imprescriptibilidad de estos lugares se fundamenta en la naturaleza demanial de estos bienes. En Derecho Administrativo III, Marcial Pons, 12ª edición, Madrid, 2010., págs. 605 y 606.

<sup>980</sup> GARCÍA PLANAS, G.: El delito urbanístico, op. cit., pág. 79.

administrativa lo que sería un delito urbanístico prescrito<sup>981</sup>. Dicha circunstancia debe admitirse, puesto que la prescripción del delito carece de efectos oclusivos en lo que respecta a la persecución por la vía administrativa de los ilícitos de esta naturaleza. De esta manera, las conclusiones de la doble vía, penal y administrativa, contra los ilícitos urbanísticos se extienden más allá de la respuesta puramente punitiva y en un campo en el que el principio *non bis in ídem* no proporciona juego. En efecto, aquélla viene a propiciar la dilatación de los plazos de prescripción administrativos, en virtud del efecto suspensivo que sobre el procedimiento administrativo tiene la iniciación de la vía penal<sup>982</sup>, lo cual señala PAREJO ALFONSO, incide en la efectividad de la tutela judicial garantizada por el artículo 24 de la Constitución Española<sup>983</sup>.

En el Derecho Administrativo sancionador, se considera que el cómputo en las infracciones derivadas de una actividad continuada se inicia desde la finalización de la actividad (por ejemplo, artículo 209. 3 LUAr y artículo 219. 2 de la LUCat), aunque es cierto que pueden plantearse dificultades para determinar el momento preciso de finalización de las actividades ilícitas (certificación del final de obra, conclusión de las actividades constructivas externas, etc.), por lo que habrá de estarse a las circunstancias del caso concreto para establecerlo a estos efectos. Sin embargo, las penas del artículo 319 prescribe a los cinco años. A diferencia de la prescripción de las infracciones, aquí el plazo de la prescripción de las penas es superior al plazo de la prescripción de las sanciones administrativas. Así, por ejemplo, en la LUAr y la LUCat, las sanciones graves prescriben a los dos años y las muy graves a los tres años (artículos 209. 4 de la LUAr y artículo 219. 3 de la LUCat). Excepcionalmente, aquí, pueden surgir problemas derivados de la doble vía en los supuestos en los que se hayan llegado a imponer tanto sanciones administrativas como penas por unos mismos hechos<sup>984</sup>.

---

<sup>981</sup> PAREJO ALFONSO, L.: “Prologo” al libro de DOMINGUEZ LUIS, J. A/FARRÉ DÍAZ E: Los delitos relativos a la ordenación del territorio, Ediciones Revista General de Derecho Urbanístico, nº 146, 1996, pág. 25.

<sup>982</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., págs. 315 y 316.

<sup>983</sup> PAREJO ALFONSO, L.: Ilícito penal e ilícito administrativo en materia de urbanismo, en la disciplina urbanística, el suelo no urbanizable, las parcelaciones ilegales y el nuevo Código Penal, Actas I y II Jornadas, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1997, pág. 175.

<sup>984</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 316.

La Exposición de Motivos de la LO 5/2010, destaca que una de las reformas con más calado que ha llevado a cabo, es la relativa a la prescripción de los delitos y las penas, elevando los plazos, contemplando, además, la interrupción de la prescripción. Esta última medida parece una cuestión que superaría el objetivo que se pretende alcanzar mediante el estudio de la prescripción en este momento<sup>985</sup>, debiendo centrar la atención en la primera<sup>986</sup>. En este sentido, el delito urbanístico, castigado en el artículo 319 del Código Penal, en atención a la pena, tiene un plazo de prescripción de cinco años, cuando antes de la reforma era de tres años. La elevación del plazo solventa el problema que existía hasta este momento, respecto a la siguiente contradicción: la pena prescribía a los tres años, mientras que el plazo de la prescripción administrativa de la infracción era de cuatro años, según la TRLSOU -e incluso eran superiores los plazos previstos en las legislaciones autonómicas-. Como BOLDOVA PASAMAR afirma, este hecho, podría dar lugar a que se persiguiera como infracción administrativa la conducta constitutiva de delito

---

<sup>985</sup> Vid. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 99/2007, de 27 de marzo (JUR/2007/2027), en la que se analiza la interrupción de los plazos de prescripción. En ella se analizaba si “la interposición de la denuncia por el Ministerio Fiscal ha tenido aquí efectos interruptivos de la prescripción o no los ha tenido, pues el artículo 132. 2 del Código Penal dice que lo interrumpirá quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”. Una vez repasada la doctrina del Tribunal Supremo, en la cual se ha entendido que la “presentación de denuncia o querella interrumpe la prescripción”, reconoce sin embargo que ninguna de las sentencias de dicho Tribunal “se produjo en un periodo tan dilatado de tiempo como aquí ha sucedido entre la denuncia y la incoación judicial”. Sin embargo, resalta que el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 14 de marzo de 2005, “entiende justo lo contrario, es decir, que por el procedimiento dirigido contra el culpable debe entenderse única y exclusivamente el judicial, pues en otro caso se incurriría en infracción del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en el artículo 24”. Una vez vistas las distintas líneas de interpretación de la interrupción de la prescripción en el ámbito del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, la LO 5/2010, de 22 de junio, ha venido a despejar las dudas con la modificación del artículo 132. 2 del Código Penal, en que señala que si bien “la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las siguientes reglas: 1º se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada, en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser delito o falta. 2º No obstante lo anterior, la presentación de querella o denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación, en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso del delito, y de dos meses para el caso de la falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querella o de formulación de la denuncia...”. Vid. también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 27 de marzo de 2007 (JUR/2007/202778).

<sup>986</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: Derecho Penal. Parte General, op. cit., págs. 404 y sig., y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., RERRÉ OLIVÉ, J. C., SERRANO PIEDECASAS, J. R., TERRADILLOS BASOCO, J. M., DE VICENTE MARTÍNEZ, R., ACALE SÁNCHEZ, M., NIETO MARTÍN, A., DEMETRIO CRESPO, E., PÉREZ CEPEDA, A.: Curso de Derecho Penal. Parte General., op. cit., pág.591 y sig.

prescrita<sup>987</sup>. Una cuestión compleja, es la de determinar el momento a partir del cual se pueden empezar a computar dichos plazos<sup>988</sup>. El artículo 132 del Código Penal, en este caso establecía anteriormente, y establece ahora después de la reforma de la LO 5/2010, previsiones específicas para los delitos permanentes, como es el delito que estamos examinando. De esta manera, se prevé que en estos casos el plazo empieza a computarse “desde que se eliminó la situación ilícita”<sup>989</sup>.

Interesa destacar que el cómputo de la prescripción de estos delitos comenzará a correr desde el día en que se haya cometido la infracción punible, según el artículo 131 del Código Penal. En coherencia con la concepción sostenida en relación a los delitos del artículo 319 como delitos permanentes, dicho cómputo comenzará a contar el día en que se produzca la terminación del período consumativo de estos delitos, ya que desde este día cesará la situación ilícita<sup>990</sup>. Para determinar dicho día, no se plantearán dificultades si el técnico constructor firma el certificado del fin de obra, pues ello determinaría oficialmente el día de la conclusión de la misma. Sin embargo, con mayor frecuencia, sucedería que, según el Código Penal anterior a la reforma de 1995, el particular -o incluso el profesional-, constructor o promotor no inste al técnico director a firmar dicho certificado. En estos casos, únicamente a través de la prueba de indicios acerca de los últimos actos de ejecución de la obra o signos externos que materialmente evidencien su terminación, o sobre la base de las comprobaciones realizadas por la Administración municipal, podría

---

<sup>987</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 316.

<sup>988</sup> Sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción, vid., por todos, MORILLAS CUEVA, L.: Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas, Colección Estudios Penales. Nº 3, Departamento de Derecho Penal. Universidad de Granada, Granada, 1980, págs. 59 y ss.

<sup>989</sup> En este sentido vid. la Sentencia del Tribunal Supremo 1182/2006, de 29 de noviembre (R J 2007/250), que establece previsiones específicas en torno al momento del cómputo de la prescripción, cuando se trata no sólo de delitos conexos, sino de conductas que, además, abarcan distintas construcciones. De esta forma se afirma que “no puede entonces pretenderse la prescripción de un hecho aislado que se integra dentro de una amplia obra constructiva y transformadora, cuando el resto o el conjunto de esta actividad supuestamente delictiva ha ido más allá en el tiempo hasta quedar concluida y no presenta el mayor problema prescriptivo. Se trata, en definitiva, de un delito permanente, con lo que en todo caso el cómputo de la obra conjunta o única se iniciará cuando acabe con su consumación, la cual, solamente si se está a lo que admite el propio acusado, se desarrolló hasta el año 1999”. En este sentido, puede verse también la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares 190/2010, de 30 de junio (R J 2010/297097).

<sup>990</sup> Con respecto, al entonces novedoso, artículo 132 del Código Penal, anterior a la LO 5/2010, de 22 de junio. vid. PASTOR ALCOY, F., La prescripción en el Código Penal de 1995 del delito, la falta y la pena, *Práctica del Derecho S. L.*, op. cit., pág. 69. En relación al delito continuado, también previsto en el apartado primero de este artículo del Código Penal., el plazo de prescripción se computará “...desde el día en que se realizó la última infracción”.

determinarse el *dies a quo* para computar el plazo de prescripción de estos delitos<sup>991</sup>, anteriores a la reforma de la LO 5/2010.

En otro sentido, ACALE SÁNCHEZ va a considerar que la situación ilícita no cesa el día en que se termine la obra, sino que aquella se perpetúa en el tiempo hasta que o bien se finaliza la obra, o bien se obtiene la licencia en sanatoria-refiriéndose aquí, obviamente, a la situación anterior a la reforma-, o bien se procede a la demolición de la obra. Solamente entonces puede decirse que cesa la situación ilícita, mediante la restauración de la situación anterior. Esto, podría dar lugar a tratar los delitos urbanísticos en algunos casos como delitos imprescriptibles, en caso de que no se lleve a cabo la demolición de la obra, otorgándole el mismo tratamiento que a los delitos de genocidio, por ejemplo, lo que parece a todas luces difícil de mantener<sup>992</sup>. BOLDOVA PASAMAR, y sobre la misma cuestión, afirma que la finalización de la obra “no supone la eliminación de la situación ilícita” sino “la consolidación de la situación ilícita”. Dicha propuesta que hace este autor consiste en entender que “la prescripción comienza a computarse desde el cese de la actividad”, aplicando la regla que aparece en el artículo 132 del Código Penal, para la prescripción del delito habitual<sup>993</sup>.

Para resolver la cuestión, hemos de analizar el delito en cuestión y sus características concretas. Partiendo de la afección al bien jurídico protegido, como hemos señalado anteriormente, se trata de un delito permanente, por lo tanto, dicha afección al bien jurídico protegido se prolonga en el tiempo desde los primeros actos de construcción, edificación o urbanización, y continúa en el tiempo hasta los momentos finales, en los que den por concluidas dichas obras<sup>994</sup>.

Finalizado dicho momento, cesa la conducta típica, ya que se deja de construir. Sin embargo, dicha conducta típica despliega efectos negativos sobre el bien jurídico protegido; hasta que no se restaure el orden urbanístico vigente, no finalizará la conducta ilícita. Desde el punto de vista del principio de ofensividad,

---

<sup>991</sup> GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio, op. cit., pág. 1171.

<sup>992</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 295.

<sup>993</sup> BOLDOVA PASAMAR.: Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 316.

entendiendo que el delito comienza y concluye de consumarse en un plazo de tiempo largo, y que una vez consumado continúa desplegando efectos, en este caso cabría entenderlo como un delito de estado<sup>995</sup>, no como un delito habitual. Además, para esta modalidad delictiva, no se establece ninguna regla específica en el artículo 132 del Código Penal, con lo cual podemos llegar a la conclusión, sin lugar a dudas, de que serían aplicables las reglas generales en materia de prescripción y entendemos que el delito comienza a prescribir desde el momento en que la infracción haya llegado a consumarse<sup>996</sup>. Aún es necesario aclarar lo que son “actos edificatorios” a fin de empezar a contar el mencionado plazo. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 245/2009, de 16 de junio (JUR/2010/188621), analiza si la edificación está concluida con los actos de elevación del edificio, o si además han de tenerse en cuenta otros como los del “cableado eléctrico, fontanería, carpintería, cristalería, colocación de saneamientos, solería, pintura, y, en general, los revestimientos exteriores e interiores”. En el mismo sentido afirma que “en principio, el concepto de edificación hace referencia al conjunto de actos destinados a la elevación de un inmueble, entendido como volumen con cuerpo cierto, y con material permanente y fijo, destinado al uso y disfrute humano, normalmente residencial, de forma que las partidas de electricidad, saneamientos, etc. son esenciales para dotar a la construcción de la finalidad que le es propia, esto es, servir al uso y disfrute humano. Aunque, es cierto que, por evidentes razones de seguridad jurídica, resultaría absurdo atribuir la condición de acto edificatorio a la simple colocación de puertas, ventanas, enrejados, sanitarios, etc.”. Por otro lado, la pena, debido a su duración, prescribiría a los cinco años, plazo que, a diferencia del de prescripción del delito, no ha sido aumentado, en la LO 5/2010, de 22 de junio, haciéndolos ahora coincidir<sup>997</sup>.

---

<sup>994</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 296.

<sup>995</sup> Llega a esta conclusión, aunque de manera algo confusa, la SAP de Jaén 31/2010, de 17 de marzo (JUR/2010/196048).

<sup>996</sup> Lo entiende así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 99/2007, de 27 de marzo (JUR/2007/2027) afirmando que el “*dies a quo* en este delito se cuenta a partir del último acto edificatorio (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2006 (RJ/2007/250) y Auto de la Audiencia Provincial de Jaén de 17 de marzo de 2003 (PROV/2003/197671) y también lo entiende así ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 296.

<sup>997</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, cit. pág. 297.

Tras las consideraciones anteriores, debemos concluir que el plazo de prescripción de cinco años, se computa desde que finaliza la construcción de la obra ilícita o se procede a la demolición de la obra, restituyéndose la anterior situación.

Una vez realizado el precedente estudio y análisis de las distintas cuestiones planteadas, vamos a hacer hincapié en los aspectos más destacados de la investigación, extrayendo las principales conclusiones a las que hemos llegado en el estudio del artículo 319 del Código Penal “delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo” tras la importante reforma de la Ley 5/2010, que modificó aspectos destacados del delito que ha centrado nuestra investigación.

## **CONCLUSIONES**

## **PRIMERA**

La inclusión en el Código Penal de la protección de la ordenación del territorio y el urbanismo no ha estado exenta de polémica. De hecho, y tras tímidos intentos de su incorporación en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, se llevó a cabo la efectiva incorporación en el Código Penal de 1995, modificado, entre otros, en relación a estos delitos a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

En el Proyecto de 1980, en concreto, se aludía genéricamente a los “delitos contra la ordenación urbanística”. La Propuesta de nuevo Código Penal de 1983 agrupó en un mismo Título XIII, en el Libro II, los delitos sobre la ordenación del territorio y del ambiente, que después se separan en dos Capítulos: Capítulo I “De los delitos relativos a la ordenación del territorio” y Capítulo II “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, pero aún se mantiene una preocupación en la doctrina por una mayor precisión y seguridad de los tipos penales.

Realmente, y tras el Anteproyecto de Código Penal de 1992, que retomaba la idea de la legalidad urbanística, y el Proyecto de 1994, no fue hasta el Código Penal de 1995, donde se incorporan, efectivamente, los delitos sobre la ordenación del territorio que, a partir de la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, van a verse ampliados en su ámbito, de modo que incluso cambiará la rúbrica bajo la que se regulan, pasando a denominarse “delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”.

La incorporación, así como la modificación, aunque puedan resultar tardías, ponen de manifiesto la absoluta necesidad de que determinadas infracciones urbanísticas, reguladas hasta ahora como simples infracciones administrativas, pasen, en determinados supuestos, a ser consideradas, por su gravedad, ilícitos penales.

## **SEGUNDA**

El legislador de 1995 ubica el delito urbanístico en el Título XVI del Libro II, que lleva como rúbrica “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y medio ambiente”, Capítulo I “De los delitos sobre la ordenación del territorio”. Este Título se integra, efectivamente, por cinco Capítulos, resultando como cuestión esencial si se protegen tres bienes jurídicos distintos: ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente; o si, por el contrario, debemos entender que sólo existe el bien jurídico ambiente, en sentido amplio, dentro del cual se ubicaría la ordenación del territorio, siendo obvio que la ordenación del territorio contribuye a lograr una mayor calidad de vida, constituyendo el marco y referencia de dichos fenómenos ambientales. A ello se añade la consideración de la existencia de disposiciones comunes, a que se dedica el Capítulo V de este Título XVI, lo cual podría avalar la tesis de un bien jurídico común protegido.

No obstante lo anterior, entendemos que, sin perjuicio de destacar la importancia de un tratamiento en gran medida común de la protección penal de la problemática ambiental que, en sentido amplio incluiría, por supuesto, la ordenación del territorio y el urbanismo, no se puede negar la autonomía de este último, justificada, además, por la propia Constitución, para ser objeto de un tratamiento diferenciado, poniendo de manifiesto la existencia de un bien jurídico protegido particularizado. Resulta, pues, apropiada la regulación de los entonces denominados “delitos sobre la ordenación del territorio”, en un capítulo distinto, a pesar del mantenimiento de ciertas disposiciones comunes, que aglutinen, frente a lo específico o privativo de estos delitos, aquellos aspectos comunes al conjunto de bienes jurídicos protegidos en el Título XVI.

## **TERCERA**

La Ley Orgánica 5/2010 destaca, ante todo, por la modificación de la denominación de la rúbrica del Capítulo Primero, en el sentido, de su ampliación,

incluyendo los términos “y el urbanismo”, variando además la redacción de los preceptos contenidos en el artículo 319.

Consideramos acertada, por la mayor necesidad de protección, la ampliación de estos términos que, en cuanto al contenido concreto del precepto modificado, se va a plasmar, a su vez, en una ampliación de las conductas típicas, así como en un endurecimiento de las penas. En concreto, se aludirá expresamente a las “obras de urbanización” que, en todo caso serán “no autorizables”, refiriéndose, además, a la “reposición a su estado originario de la realidad física alterada” y al “comiso de las ganancias provenientes del delito”. Y a ello se une la contemplación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, algo que consideramos plenamente necesario en relación a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Todas las medidas, pues, están encaminadas, y creemos que están plenamente justificadas, a hacer más intensa la protección penal del bien jurídico al que se refieren.

#### **CUARTA**

La fundamentación constitucional de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo se encuentra, sin duda alguna, en el artículo 47 de la Constitución, estando, por otro lado, los valores relativos al medio ambiente y a la conservación del patrimonio artístico, histórico o cultural, fundamentados en los artículos 45 y 46, que prevén, expresamente y como alternativa a las sanciones administrativas, sanciones penales en estas materias.

El artículo 47 de la Constitución Española contiene el mandato dirigido a los poderes públicos por el que les atribuye la competencia para el desarrollo de una política de ordenación y regulación del suelo como recurso natural. Podemos considerar que este artículo se dirige a proteger el medio ambiente urbano a través de la función de la planificación. Estamos ante un interés fundamental para la vida social que, estimamos, forma parte de la protección penal. El artículo 47 va a plasmar la importancia del bien “ordenación del territorio y el urbanismo”, aunque ello no implica, en principio, y según su tenor literal, que sea digno de protección penal.

Efectivamente, aunque el artículo 47 no aluda expresamente a la necesidad de protección penal, dejando abierta la posibilidad de la intervención del legislador penal en esta materia, a nuestro entender, la importancia del valor “ordenación del territorio y urbanismo”, asumido por este artículo, hace conveniente, y para nosotros necesaria, esta protección. La disciplina penal, en este ámbito, debe ser introducida, aunque, en todo caso, deba estar presidida por el principio de *ultima ratio*, y ello atendiendo a la importancia del bien jurídico protegido.

## QUINTA

Debemos considerar que, a pesar de que en determinados ordenamientos jurídicos como el alemán, la protección del territorio y el urbanismo se ha desarrollado de una manera efectiva a través de la tipificación de infracciones urbanísticas de carácter administrativo, no siendo precisa la tutela penal, sin embargo, en el ordenamiento jurídico español, el Derecho Administrativo Urbanístico ha resultado claramente insuficiente en materia sancionadora, haciendo necesaria la intervención del Derecho Penal. A pesar de que en esta materia existen voces discrepantes en la doctrina, particularmente entiendo que la intervención penal en este ámbito es absolutamente necesaria.

En cualquier caso, no podemos restar importancia a la necesidad de integración de las conductas penales con la disciplina administrativa urbanística, con los problemas derivados de cualquier norma penal en blanco. Pero ello resulta justificado por la regulación de la propia materia, que en nuestro caso añade, como mayor inconveniente, la dispersión normativa en los temas urbanísticos, debido a las amplias competencias de las Comunidades Autónomas. Junto a las infracciones urbanísticas administrativas será necesario, en todo caso, el mantenimiento de determinadas tipificaciones penales en relación a las infracciones más graves.

## SEXTA

Respecto al bien jurídico protegido en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, se han producido importantes discrepancias en la doctrina, corroboradas por la jurisprudencia, agrupadas fundamentalmente en las tesis formalista y material. Desde el punto de vista formal, se trataría de proteger la normativa administrativa en esta materia. Esta normativa, sin embargo, a nuestro entender, no reúne condiciones materiales para constituir, por sí misma, un bien jurídico protegido tutelado penalmente. Así, y desde la perspectiva material, la ordenación del territorio y el urbanismo, conectada con la calidad de vida, constituiría la “ratio legis” del artículo 319 del Código Penal.

Estimamos, efectivamente, que el delito urbanístico ha de ser considerado como delito material, dotando de contenido material al tipo penal del artículo 319, siendo fundamental su reconocimiento constitucional. Al delimitar el bien jurídico tutelado en las propiedades del suelo, como marco físico de la vida humana, frente a las agresiones urbanísticas que implican una alteración de esas cualidades, se supera la concepción formal que se había otorgado al delito urbanístico como tipo de desobediencia y refuerzo de la regulación jurídica administrativa. La lesividad del valor material se concreta en la infracción contenida en el artículo 319, por la referencia a los valores afectados: la calidad de vida del entorno humano y del suelo, valores referidos a las propiedades como bien jurídico protegido.

La ordenación del territorio y el urbanismo constituyen, pues, valores fundamentales para la sociedad y el individuo, encontrándonos ante intereses esenciales para la vida social. Dada la relevancia social de este bien como valor reconocido constitucionalmente, se considera primordial el permitir articular una utilización racional del suelo con una atención preferente al entorno humano. Por ello, consideramos que el bien jurídico protegido estará constituido por la ordenación del territorio y el urbanismo, entendidos como el adecuado aprovechamiento del suelo en el sentido del interés general, que se plasma en la planificación urbanística, pero con la finalidad específica del cumplimiento de una clara función social, que atiende a unos intereses colectivos relevantes, constituyendo el auténtico objeto de protección.

El bien jurídico protegido deberá, en todo caso, ponerse en conexión con la función social del urbanismo a la luz de los principios constitucionales, y teniendo especialmente en cuenta el principio de proporcionalidad, de modo que tan sólo las conductas más graves sean las realmente criminalizadas.

## **SÉPTIMA**

Respecto a la naturaleza de los delitos contemplados en el artículo 319, tema muy controvertido, partimos de la consideración de que se debe absolutamente descartar que nos encontremos ante delitos de peligro, y mucho menos de peligro abstracto. Debemos considerar, por el contrario, que la afección al bien jurídico en estos delitos se plantea en términos de lesión del bien jurídico protegido, al resultar menoscabado el valor del suelo afectado por la conducta típica.

El contenido material lesivo de los delitos del artículo 319 está fuera de toda duda, derivando de la propia descripción de los tipos la necesidad de lesionar el bien jurídico. Estamos, pues, ante delitos de resultado, a diferencia de los otros delitos medioambientales regulados en el título XVI, cuya naturaleza claramente los caracteriza como delitos de peligro.

La realización de la actividad de urbanizar, construir o edificar, en los supuestos contemplados en el artículo 319, constituye la acción típica, sin necesidad de que las obras estén terminadas, estimándose que el bien jurídico protegido ha sido, efectivamente, lesionado.

## **OCTAVA**

En relación al tipo básico del artículo 319.2, y respecto al juicio de antijuridicidad, el tipo del injusto, y en particular las conductas tipificadas, y partiendo del hecho de que en este delito, consideramos, no es posible la comisión por omisión -derivado ello de la expresión “llevar a cabo” que supone una

conducta activa-, resultará determinante el hecho de que las obras de urbanización, construcción o edificación sean “no autorizables”. En esta materia, el análisis y la correcta interpretación de las normas administrativas urbanísticas, resultará esencial. Será preciso no sólo conocer cuándo nos encontramos ante obras de urbanización, construcción o edificación, sino y sobre todo, cuándo dichas obras no son autorizables Y en esta materia los criterios doctrinales y jurisprudenciales, dada la abundante casuística, serán esenciales. Habrá que estar por supuesto, y en este sentido, a cualquier modificación de la normativa urbanística aplicable.

Idénticas consideraciones se deben realizar en relación al objeto material del tipo, relacionado con las clases del suelo, y que en particular, se refiere al “suelo no urbanizable”. El reenvío a los instrumentos de planeamiento, y más en general, a la normativa urbanística vigente en cada Comunidad Autónoma, será inexcusable.

## NOVENA

Dejando a un lado el tema del sujeto pasivo, tema pacífico en la doctrina, al considerar que éste sería la sociedad o la colectividad, resultando ésta la directamente perjudicada, en relación al sujeto activo, ni la doctrina ni tampoco la jurisprudencia llegan a un acuerdo sobre si estamos ante un delito común o especial, pues en ambas existe una casi irreconciliable división respecto a esta cuestión.

Tras analizar pormenorizadamente las distintas opiniones, he llegado al convencimiento de que estamos ante un delito común que puede ser cometido por cualquier persona, sea o no profesional de la construcción, ya que, ciertamente, la promoción o construcción pueden llevarse a cabo sin la necesidad de reunir especiales conocimientos ni titulaciones, y de hecho, es patente, como se pone de manifiesto en la casuística jurisprudencial, el gran número de supuestos de “autoconstrucción” de viviendas particulares. No obstante, este criterio debe ser matizado en relación a la figura del “técnico director”, en cuyo caso, la condición de técnico sí requeriría la existencia de, al menos, una titulación ligada a la *lex artis*, llevando este supuesto particular, y como excepción, a la calificación, en relación al mismo, de la comisión de un delito especial.

## DÉCIMA

Los delitos del artículo 319 no admiten su comisión por imprudencia, por lo que el dolo se considera, en primer lugar, como referencia típica y, por tanto, como elemento subjetivo del tipo, concretándose en el conocimiento de los elementos del tipo, en particular, la condición de la autoría, la actuación de llevar a cabo las obras, y sobre todo, el carácter no autorizable de las mismas.

Destaca, por otra parte, la dificultad de admisión del estado de necesidad como causa de exclusión de la antijuridicidad. Será, en cualquier caso, y con independencia de los demás requisitos exigibles, muy difícil demostrar que el mal que se trata de evitar con la comisión del delito no sea remediable mediante otros mecanismos.

Con respecto al dolo como elemento autónomo, dentro ya del juicio de culpabilidad, y descartando en estos delitos cualquier supuesto de inimputabilidad, consideramos que resultaría admisible tanto el dolo directo como el eventual, estando referido a un conocimiento actual de los elementos constitutivos del injusto típico, elemento cognitivo que podrá probarse, como ha señalado la jurisprudencia, a través de indicios como las comunicaciones o apercibimientos de la autoridad administrativa. El elemento volitivo va a permitir admitir, como hemos indicado, el dolo directo, siendo más frecuente el de segundo grado, aunque también, en casos concretos, se admitiría el dolo eventual, que no requeriría ya los elementos volitivos y que se admite unánimemente por doctrina y jurisprudencia en estos delitos.

Dentro también del juicio de culpabilidad, descartamos, en estos delitos, la circunstancia de no exigibilidad relativa al miedo insuperable, al encontrarnos ante un bien jurídico protegido supraindividual.

Por otra parte, y en relación al error, admitimos tanto la posibilidad del error de tipo como el de prohibición. El de tipo se referirá, normalmente, al error sobre el hecho de que las obras no son autorizables o sobre las categorías de suelos o lugares -especialmente aquí en el supuesto del artículo 319.1-, y en muchos casos será irrelevante, como en el caso de que el sujeto activo sea un profesional, o, con

carácter general, en relación a los de errores de subsunción. La jurisprudencia sólo ha admitido, sin embargo, la apreciación del error de prohibición en determinados supuestos de tolerancia administrativa en que la pasividad de la Administración ha inducido a pensar que la conducta era lícita.

Si realmente se prueba la existencia de un error de tipo, ya sea vencible o invencible, la actuación sería impune, excluyéndose la culpabilidad, al no admitirse la modalidad imprudente en estos delitos. En cualquier caso, y como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia más reciente, será esencial considerar las posibilidades con que cuenta el sujeto para informarse y asesorarse en relación a determinadas conductas. Asimismo, ha reconocido la imposibilidad de concurrencia del error en supuestos de evidencia pública y notoria de que los hechos son constitutivos de delito.

## **UNDÉCIMA**

El tipo agravado del artículo 319.1, se caracteriza por un endurecimiento de las penas, al estimar que en los supuestos en él contemplados se muestra una mayor intensidad material respecto al bien jurídico protegido. Aunque el objeto material sea el mismo que el del tipo básico, a éste se añaden determinadas especificaciones que se refieren, en general, a la consideración de la especial protección del suelo. Por tanto, también aquí será esencial la normativa urbanística vigente en relación a todas las calificaciones que contiene este precepto, así como su interpretación doctrinal y jurisprudencial.

## **DUODÉCIMA**

Aunque hemos considerado que los delitos urbanísticos son delitos de resultado, sin embargo ello no significa que sean de consumación instantánea. La actividad constitutiva del delito, es una actividad continuada en el tiempo, si bien no se puede exigir la terminación de las obras para considerar que el delito se ha consumado. Por consiguiente, debemos considerar la consumación del delito, cuando

el autor ha comenzado a realizar la obra no autorizable en el suelo no urbanizable, entendiéndose que, aunque la obra no esté finalizada, se ha realizado un ataque al bien protegido. Partiendo de esta idea, según la cual el resultado puede tener o no forma completa como tipo del injusto, produciéndose de forma simultánea con la actividad, se podrían considerar supuestos de tentativa la presentación u ocultamiento de datos a la autoridad administrativa, pretendiendo conseguir una licencia en relación con obras que no son autorizables. Y aquí podríamos encontrarnos algunos casos de “proyectos” de realizar parcelaciones ilegales. Considerando que las parcelaciones y reparcelaciones se encuentran fuera del concepto de urbanización, estas conductas podrían llegar a considerarse como supuestos de tentativa.

En relación a estos delitos, por otra parte, se podrían teóricamente admitir los distintos tipos de autoría si bien las más frecuentes serán la autoría única y mediata y la participación. Puede existir, como ejemplo, un acuerdo de voluntades que conlleve la coejecución material del delito, si bien no se ha previsto en este delito el castigo de los actos preparatorios, por lo que el mero acuerdo sin ejecución de las obras, resultaría impune. También se admitiría la autoría mediata, realizándose el tipo a través de otra persona que serviría como instrumento. En cualquier caso, al tratarse de un delito común con las matizaciones que señalamos, estimamos que serían posibles todas las formas de participación.

### **DECIMOTERCERA**

Tras el análisis de las distintas relaciones concursales, nos podemos encontrar, ante todo, frente a la existencia de concursos aparentes de normas entre los dos supuestos contemplados en el artículo 319, así como de éstos en relación con la conducta típica del artículo 320, en cuyo caso sería de aplicación preferente este último precepto, ya que añade el desvalor de la ofensa al desarrollo correcto de la función pública -supuesto de prevaricación en relación a los delitos estudiados-. Pero, además, podemos apreciar la existencia de diversos supuestos de concurso ideal y concurso real de delitos.

El concurso ideal se producirá, con cierta frecuencia, en relación a otros delitos contemplados en el Título XVI como los relativos al patrimonio histórico o a la protección del medio ambiente, resultando aplicables las reglas del artículo 77. Supuestos de concurso real, se pueden producir también en relación a estos delitos contra el medio ambiente o a otros como el contemplado en el artículo 556, relativo a la resistencia o desobediencia grave a la autoridad. Habrá que estar, en todo caso, al supuesto concreto para dilucidar ante qué tipo de concurso nos encontramos, para determinar la forma de resolver estos concursos. Y en cualquier caso, debemos estimar, atendiendo a los ejemplos examinados, la prevalencia en la mayoría de las ocasiones, de los delitos del artículo 319.

#### **DECIMOCUARTA**

Respecto a las consecuencias jurídicas de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, destaca sobre todo la imposición de la pena privativa de libertad, que fue incrementada tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, destacando, asimismo, el hecho de que, atendiendo a la mayor protección de los lugares contemplados en el apartado primero, el delito allí ubicado, se configura como tipo agravado, con una pena superior.

En relación a las personas físicas, y además de la pena de prisión prevista en ambos apartados, se establece la pena de multa que, como novedad de la reforma, podrá ser calculada, en determinados casos, en los que se ha producido un elevado beneficio económico, en vez de atendiendo al sistema de días multa, mediante el sistema proporcional. Esta medida me parece muy positiva, ya que al atender a las circunstancias económicas del autor, el sistema sería más respetuoso con el principio de proporcionalidad. Sin embargo, es posible que el sistema de días multa sea relegado a los supuestos en que promotor o constructor sea un particular, cuya actuación no haya pretendido obtener grandes beneficios económicos.

Por otra parte, consideramos que la pena de inhabilitación no puede interpretarse en el sentido de que estemos ante un delito especial, salvo en el supuesto de que el sujeto activo sea un técnico director. Se debe entender que esta

pena podría, en principio, excluirse en estos casos, pero consideramos más bien, en el sentido manifestado por parte de la doctrina y alguna jurisprudencia, que su sentido aquí sería el impedir que el particular condenado desarrolle en un futuro cualquier profesión u oficio relacionado con la construcción.

Las personas jurídicas, por su parte, serán castigadas con pena de multa, superior a la relativa a las personas físicas, aplicándose bien el sistema de días multa, bien el sistema proporcional en determinados casos. Pero, lo que es más importante, a mi entender, es la posible imposición por los jueces y tribunales, atendiendo a las reglas del artículo 66 bis, de las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33, que resultan de especial gravedad.

## **DECIMOQUINTA**

La consecuencia relativa a la posible demolición de la obra adquiere, ciertamente, gran relevancia, ya que es una medida destinada al restablecimiento de la legalidad urbanística, acordándose por jueces y tribunales en cualquier caso, aunque de manera motivada.

Constituye un tema muy debatido el de la naturaleza jurídica de esta medida, y en concreto el de su carácter civil o penal, destacándose que la evolución jurisprudencial se ha inclinado, paulatinamente, a favor de su carácter penal cuando deriva de la aplicación del artículo 319 -no olvidemos que la aplicación de la normativa relacionada con la disciplina urbanística, también puede ordenar la demolición en supuestos en que no ha concurrido el delito-, y además, se ha observado en esta evolución, una paulatina dirección favorable a una mayor protección de la ordenación del territorio y el urbanismo, inclinándose, en este sentido, por la demolición. Sin embargo, destaca la existencia en este tema de una enorme casuística que va a justificar, en muchos casos, la improcedencia de la demolición. Por ejemplo, los supuestos de construcciones aisladas cuando se ubican en una zona en que existe un núcleo de población consolidado a medias y en las que la propia Administración presta determinados servicios públicos.

En concreto, las sentencias más recientes se refieren a la necesidad de que sea la jurisdicción penal la que acuerde la demolición, como “sanción” que habrá de imponerse o no, atendiendo a la gravedad del delito. El hecho de las posibles dificultades que esta consideración tiene, respecto a la imposibilidad de la transmisión “mortis causa”, podrían fácilmente salvarse, teniendo en cuenta que siempre se podría acordar la demolición, incluso tras la muerte del delincuente o, en su caso, tan sólo imputado, como consecuencia del oportuno procedimiento administrativo. Y respecto al criterio de la “proporcionalidad”, se ha considerado que la ordenación de la demolición, en determinadas circunstancias, podría resultar absolutamente desproporcionada, y aquí ocuparía un papel relevante el principio de intervención mínima del Derecho Penal. Ahora bien, determinados argumentos se han estimado totalmente insuficientes para evitar la demolición, tales como la próxima elaboración de un nuevo PGOU, resultando claro que, en todo caso, la medida trata de proteger la ordenación del territorio y el urbanismo que, en el momento de la comisión del delito, esté en vigor. Precisamente, la reforma operada por la LO 5/2010, vino a reforzar la idea del necesario restablecimiento de la legalidad urbanística frente a un Derecho Administrativo Urbanístico que resultó ser claramente insuficiente. De ahí que, tras la reforma, las principales sentencias dictadas en la materia se hayan inclinado por la demolición.

## **DECIMOSEXTA**

La reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 amplió el contenido del artículo 319.3, aludiendo expresamente a la posibilidad, por parte de los jueces o tribunales, de ordenar, motivadamente, la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, además de disponer, en todo caso, el comiso de las ganancias provenientes del delito. Estas medidas ponen de manifiesto, en el sentido ya expresado, la mayor relevancia que la reforma concede a la protección del bien jurídico.

Es preciso destacar que, aunque la reposición al estado originario de la realidad física alterada se establezca en este artículo de forma potestativa, en el caso

de que se produjesen daños ecológicos, la aplicación del artículo 339, como disposición común recogida en el Título XVI, haría obligatoria la adopción de esta medida.

Respecto al comiso, a pesar de que la introducción expresa de esta medida para los delitos del artículo 319 sea positiva, sin embargo resulta criticable que sólo se refiera a las ganancias provenientes del delito, no extendiéndose al objeto material del mismo, que se prevé en relación a otros delitos, lo cual puede provocar incluso una confusión entre “ganancias” y “objeto material del delito”, ya que en no pocas ocasiones las ganancias se materializan en la construcción o simplemente en la urbanización del suelo.

Se ha mantenido, tras la reforma, la responsabilidad civil derivada de los delitos del artículo 319, en concreto previendo la posibilidad de indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, supuesto que se dará con relativa frecuencia cuando existan adquirentes de buena fe de construcciones ilegales que traigan causa de la comisión de estos delitos, cualesquiera que sean las conductas típicas que se hayan realizado. El mantenimiento de esta consecuencia es lógico, aunque debemos considerar que aunque no se hubiera previsto, resultaría aplicable en virtud de las disposiciones generales del Código Penal, contenidas en el Capítulo I del Título V, quedando, además, en todo caso abierta la vía civil para la exigencia de la responsabilidad de daños y perjuicios, que se contempla igualmente en la normativa urbanística.

## **DECIMOSÉPTIMA**

En relación con la prescripción del delito, entre el orden penal y el administrativo sancionador, ha existido una descoordinación respecto a los plazos. Dicha disfunción se solucionó, en principio, gracias a la derogación del artículo 263.1 del Real Decreto 1/1992 de 26 de junio, por el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Valoraciones de 1998. En esta materia, no obstante, y a efectos de conocer las posibles disfunciones, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa urbanística autonómica, en la que se pueden observar diferencias entre unas y otras

Comunidades Autónomas. En cualquier caso, debe considerarse que en el supuesto de delitos urbanísticos prescritos, podrían aplicarse sanciones administrativas no prescritas, teniendo además en cuenta que el efecto suspensivo de la iniciación de la vía penal, podrá propiciar la dilatación de los plazos de prescripción administrativos.

El plazo de prescripción penal, tras la reforma, es de cinco años para los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, siendo con anterioridad de tres, por lo que en la actualidad este plazo supera al plazo de cuatro años, establecido para la prescripción administrativa, con carácter general, en el TRSOU, sin perjuicio, como antes dijimos, de que las disposiciones autonómicas aplicables establezcan otros. Considero que el plazo de prescripción comenzará a computarse desde el cese de la actividad ilícita, en concreto, desde que finalizan las obras o en su caso se procede a la demolición, interpretación ésta que reforzaría aún más la protección del bien jurídico.

## **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

- AA.VV.: “Ordenación urbanística y medio ambiente. En especial Espacios Naturales Protegidos”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 164, septiembre, 1998, Revista electrónica VLex-132262.
- AAVV.: Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial, Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- ACALE SÁNCHEZ, M.: “Cuestiones claves de los delitos urbanísticos desde una perspectiva comparada”, Texto de la conferencia pronunciada en la V Edición de los Cursos de posgrado para latinoamericanos de la Universidad de Castilla-La Mancha, recurso electrónico.
- ACALE SÁNCHEZ, M.: “La protección penal del ambiente frente a las agresiones urbanísticas en la legislación italiana”, Cuadernos de Política Criminal, núm. 60, 1996.
- ACALE SÁNCHEZ, M.: “Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en AA. VV. (dir. Terradillos Basoco) Estudios Penales y Criminológicos, XX, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos urbanísticos, Cedecs, Barcelona, 1997.
- ACALE SÁNCHEZ, M.: “Primeros pronunciamientos jurisprudenciales en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio: Comentarios a la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 3 de Jerez de la Frontera, de 7 de mayo de 1998”, Actualidad Penal, 1999.
- ACALE SÁNCHEZ, M.: El tipo del injusto en los delitos de mera actividad, Comares, 2001, Granada.
- ACALE SÁNCHEZ, M.: “El delito urbanístico”, en Memento Penal de la Empresa, 2004-2005, Francis Lefebvre, Madrid, 2003.

- ACALE SÁNCHEZ, M.: “Los delitos urbanísticos II: los delitos de prevaricación urbanística”, en Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, 224, 2006.
- ACALE SÁNCHEZ, M.: Delitos contra la ordenación del territorio, Memento Práctico, Urbanismo, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.
- ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, 1ª edición, Bosch, 2011, Barcelona.
- ALIBRANDI, T.: “L’incidenza del rilascio della licenza nelle contravvenzioni edilizie”, Foro Administrativo, 1977/II.
- ALONSO ÁLAMO, M.: “Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo”, Cuadernos de la Guardia Civil, núm. 17, 1997.
- ÁLVAREZ GARCÍA, J.: “Injusto penal e injusto administrativo en la protección del medio ambiente”, en AA.VV. Derecho y Medio Ambiente, CEOTMA/MOPU, Madrid, 1981.
- .
- ÁLVAREZ GARCÍA, J.: “Bien jurídico y Constitución”, Cuadernos de Política Criminal, núm. 43, 1991.
- ALVES DE SILVA, R.: “A responsabilida penal por danos a meio ambiente”, [www.ljus.com.br/doctrina](http://www.ljus.com.br/doctrina).
- ARAUJO, J.: “Los nombres de la vida”, en la página prólogo RAMOS, A./ CIFUENTES, P./ GONZÁLEZ, J./ MATAS, L., Diccionario de la Naturaleza, Espasa- Calpe, T. I, Madrid, 1998.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M., SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y socioeconómicos, Madrid, 1999.

- BARRERO LÓPEZ, del Grupo Parlamentario Socialista, en el Debate de la Comisión de Justicia e Interior, en Diario de Sesiones del Congreso, de 6 de junio de 1995, núm. 512.
- BARRIENTOS PACHO, J. M., “Delitos relativos a la ordenación del territorio”, La Ley, Tomo VI, núm. 4172, Madrid, 1996.
- BASSOLS COMA, M.: “El medio ambiente y la ordenación del territorio”, Documentación Administrativa, núm. 190, 1981.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delimitación normativa del delito urbanístico en la ordenación territorial del Estado diseñada por el Título VIII de la Constitución Española de 1978”, Cuadernos de Política Criminal, núm. 81, 2003.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “El medio ambiente como bien jurídico tutelado”, en AA.VV.: El delito ecológico, 1992.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., GARCÍA RIVAS, N., FERRÉ OLIVÓ, J.C., Y SERRANO-PIEDRECASA, J.R.: Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Ed. Praxis, Barcelona, 1999.
- BERNAL DEL CASTILLO, J.: “Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos”, Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 3, 1999.
- BERTONI, R., “La repressione penale degli abusi edilizi”, Riv. Giur. dell’edilizia, 1971 (II).
- BLANQUER, M. B.: Derecho urbanístico actual, ed. Montecorvo, Madrid, 1993.
- BLANCO LOZANO, C.: El delito urbanístico, Montecorvo, Madrid, 2001.
- BOCANEGRA SIERRA, R. / ALONSO IBAÑEZ, M.R. / FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J.: Lecciones de Dominio Público, 3ª ed., Madrid, 1999.

- BOIX REIG, J.: “Delitos contra el medioambiente”, en VIVES ANTÓN / BOIX REIG / ORTS BERENGUER / CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC: Derecho Penal, Parte Especial, 2ª ed., revisada y actualizada conforme al Código penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- BOIX REIG/ JUANATEY DORADO: Delitos contra la ordenación del territorio, Memento Práctico, Urbanismo, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, Atelier, Barcelona, 2007.
- BORRELL CALONGE, A.: “Los nuevos delitos sobre la Ordenación del Territorio y sobre el Patrimonio Arquitectónico. Aspectos técnicos”, R. D. U. M. A, 1997, núm. 151, 1997.
- BRESCIANO, M.: I reati edilizi ed urbanistici, ed. Giuffrè, Milán, 1993.
- BUENO ARÚS, F: “La responsabilidad penal de los arquitectos según la jurisprudencia del TS”, Poder Judicial, número especial, VII.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., HORMAZÁBAL MALAREE, H.: Lecciones de Derecho Penal. Parte general, Trotta, Madrid, 2006.
- CAPALDO, R.: Rilevanza penale delle opere edilizie illegittimamente assentite, ed. Giuffrè, Milán, 1983.
- CARBONELL MATEU, J. C., “Medio ambiente, crisis económica y justificación”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L y FERNÁNDEZ CASADEVANTE, C., Protección Internacional del medio ambiente y Derecho Ecológico, ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1987.
- CARBONELL MATEU, J.C.: Derecho Penal: concepto y principios constitucionales, Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 1999.

- CARMONA SALGADO, C.: “Consideraciones críticas en torno a algunos delitos urbanísticos”, en La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, Libro-homenaje al Prof. D. José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002.
- CARMONA SALGADO, C.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico”, en Derecho penal español. Parte Especial, Cobo del Rosal (Coord), 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005.
- CASTAÑÓN DEL VALLE, M.: “Derecho ambiental”, en La Toga, Revista del Colegio de Abogados de Sevilla, núm. 133, febrero, 2002.
- CASTIÑEIRA PALOU, M. T.: El delito continuado, Barcelona, 1977.
- CASTELLÓ NICÁS, N.: El concurso de normas penales, Comares, Granada, 2000.
- CASTRO BOBILLO, J. C., “Los delitos contra la ordenación del territorio”, Actualidad Penal, núm. 18, 1997.
- CATALÁN SENDER, J.: “Delito urbanístico ante las grandes líneas de la jurisprudencia urbanística”, Cuadernos de Política Criminal, núm. 66, 1998.
- CATENACCI, M., y HEINE., G.: “La tensione tra Diritto penale e Diritto amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell’ambiente”, Riv. Trim. Dir. Pen. dell’Econo., 1990.
- CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho Penal Español, Parte General I, Introducción, Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2004.
- CERVILLA DOMÍNGUEZ, M.: La responsabilidad civil de los agentes de la edificación, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S. A., Madrid, 2011.
- CICALA, M.: “Tutela dei beni ambientali e sanatoria edilizia”, en AAVV.: La tutela dei beni ambientali. Verso quale riforma, ed. CEDAM, Padua, 1988.

- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: Derecho Penal, Parte General, Tirant lo Blanch, 5ª ed., Valencia, 1999.
- COBO DEL ROSAL, M.-PERIS RIERA, J.-QUINTANAR DÍEZ, M.- SÁNCHEZ DOMINGO, B.: Sinopsis de Derecho Penal. Parte General. Libro de estudio, Dykinson, S.L., Madrid, 2011.
- CONDE PUMPIDO-FERREIRO (Dir.): “Artículo 319 del Código Penal”, en Código Penal comentado con concordancias y jurisprudencia, T. II, Bosch, Barcelona, 2004.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “De los delitos relativos a la protección de la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en AA.VV (Dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo II, Madrid, 1997.
- CONDE PUMPIDO TOURÓN, C.: Delitos contra la ordenación del territorio, Memento Práctico, Urbanismo, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “La tutela del medio ambiente. Análisis de sus novedades más importantes”, La Ley, Revista Penal 1996-2.
- CONDE PUMPIDO-TOURÓN, C.: “Los delitos urbanísticos o relativos a la ordenación del territorio”, Empresa y Derecho Penal (II), Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- CORCOY BIDASOLO, M.: “En el límite entre el dolo e imprudencia”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1985.
- CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG. S.: Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- CUERDA ARNAU, M. L.: El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad, Valencia, 1997.

- DARNACULLETA i GARDELLA, M.: Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen de demanio natural, Barcelona, 2000.
- DE LA CUESTA AGUADO, P. M.: Respuesta penal al peligro nuclear, ed. PPU, Barcelona, 1994.
- DE LA CUESTA AGUADO, P. M.: Causalidad en los delitos contra el medio ambiente, Valencia, 1995.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente (Título XIII, L.II, PANCP 1983)”, en Documentación jurídica, monográfico dedicado a la P.A.N.C.P., vol. 2, 1983, 37/40, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995”, Actualidad Penal, núm. 15, 1998.
- DE LA MATA BARRANCO, N.: Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa, Cedecs, Barcelona, 1996.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J.: “El 320.1 del Código Penal: prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas”, en AA. VV.: Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Oñati, 1998.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J.: “La construcción de tipos específicos de la participación en un hecho ajeno: el ejemplo de las denominadas prevaricaciones especiales”, en El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (Coordinadores), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.
- DE ROBERTO, A.: Le sanzioni urbanistiche, ed. Cedam, Milán, 1987.

- DE VEGA RUIZ, J. A.: Delitos contra el medio ambiente, la ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995, Colex, 1996.
- DE VEGA RUIZ, J.A.: Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995, Ed. Colex, Madrid, 1996.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente, Madrid, 1993.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “El delito continuado. Especial referencia al tratamiento penológico en las infracciones contra el patrimonio continuadas”, en AA.VV.: El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Valle Muñiz, Navarra, 2001.
- DEL ARCO TORRES, M. A y PONS GONZALEZ, E.: Derecho de la construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales), Comares, Peligros (Granada), 1997.
- Diario de Sesiones del Congreso, 29 de junio de 1995/160.
- DÍAZ MANZANERA, J. L.: “El delito urbanístico en la jurisprudencia reciente”, La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, núm. 50, 2008.
- DIAZ PITA, M<sup>a</sup> del M.: El dolo eventual, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M.: “¿Error de tipo o error de hecho?” en AA.VV.: El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, 2001.
- DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: Sistema de Derecho Civil, Vol. II., Madrid, 1995.

- DOMÍNGUEZ LUIS, J. A./FARRÉ DÍAZ, E.: Los delitos relativos a la ordenación del territorio (adaptada a la STC 61/97 y a la Ley 6/98, de 13 de abril), Bilbao, 1998.
- DOMÍNGUEZ LUIS, J. A y FARRÉ DÍAZ, E.: Los delitos relativos a la ordenación del territorio, Valencia, 1998.
- DOMINGUEZ LUIS, J.A. / FARRÉ DÍAZ, E.: Los delitos relativos a la ordenación del territorio, Ed. Revista General de Derecho, Valencia, 1998.
- DOMÍNGUEZ VILA, A.: “El proyecto técnico y el visado colegial como intervención de los arquitectos en el Ordenamiento urbanístico”, RDU, núm. 79, 1982.
- ESCANILLA PALLÁS, M: “La responsabilidad de los funcionarios públicos ante los delitos urbanísticos en los Tribunales de Justicia”, Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Norberto de la Mata Barranco (ed.) , Colección Urbanismo y Medio Ambiente, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998.
- FARALDO CABANA, P.: “Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente” en AAVV: El Código Penal y la legislación especial, Tirant lo Blanch, 2011.
- FERNANDEZ PANTOJA, P.: Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: La capacidad de proyección de los aparejadores y arquitectos técnicos, Actualidad administrativa, núms. 33 y 34, 1990.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: Manual de Derecho Urbanístico, 18ª edición, El Consultor, Madrid, 2005.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: Manual de Derecho Urbanístico, 21ª, edición, La Ley, Madrid, 2008.
- FISCHER, T.: Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 57 auf. München, 2010.
- FERRAJOLI.: Derechos y garantías, la Ley del más débil, Madrid, 1999
- FERRATER MORA, J.: Diccionario de Filosofía, Ariel, Barcelona, 1994.
- FOLCH, R.: Diccionario de Sociología, Planeta, Barcelona, 1999.
- GARCÍA ARÁN M.: “El sistema de penas en los delitos económicos”, en TERRADILLOS BASOCO, J. M (Coord.): El nuevo Código Penal. La reforma necesaria. Actas de XII Curso de verano de San Roque, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 1992.
- GARCÍA ARÁN, M.: “Remisiones normativas a las leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en AA.VV.: Estudios Penales y Criminológicos, XVI, Universidad de Santiago de Compostela, 1993.
- GARCÍA ARÁN, M., LÓPEZ GARRIDO, D.: El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador, ed. Eurojuris, Madrid, 1996.
- GARCÍA CONESA, A.: Derecho de la Construcción, Barcelona, 2008.
- GARCÍA PLANAS, G.: El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio), Tirant lo Blanch, 1997.
- GIL IBAÑEZ, J.L.: Las competencias profesionales de los arquitectos técnicos y aparejadores, 1993.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Acerca del dolo eventual”, en Estudios de Derecho Penal, 3º ed. 1990.

- GIMBERNAT ORDEIG, E.: Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Madrid, 1990.
- GIMÉNEZ GARCÍA, J.: “El urbanismo como escenario delictivo”, Cuadernos penales, núm. 5, Corrupción y urbanismo, Deusto Publicaciones, Bilbao, 2008.
- GÓMEZ BERNABÉU, I.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en, VII Congreso Tributario, Madrid, mayo, 2011.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: Delitos urbanísticos (art. 319 CP): ¿Delito común o especial?, Universitat de Barcelona, en Revista electrónica vLex, Barcelona, 2002.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: “El delito urbanístico (artículo 319 CP): ¿Delito común o especial?”, en Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, 223, 2006.
- GÓMEZ RIVERO, M. C.: El régimen de las autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GÓMEZ TOMILLO, M.: Urbanismo, Función Pública y Derecho Penal, Comares, Granada, 2000.
- GÓMEZ TOMILLO, M.: “Estado actual de la discusión en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio (I): la construcción y edificación ilegal”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 223, enero 2006, VLEX-380507.
- GÓMEZ TOMILLO, M.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo”, AA.VV.: Comentarios al Código Penal, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GÓMEZ TOMILLO, M.: Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español, Valladolid, 2010.

- GONZALEZ CUSSAC, J. L.: El delito de prevaricación de las autoridades y funcionarios públicos, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- GÓNZALEZ RUS, J. J.: “Puntos de partida de la protección del patrimonio histórico, cultural y artístico”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1995.
- GÓNZALEZ SANFIEL, A. M.: Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público, Madrid, 2000.
- GORRIZ ROYO, E.: “La problemática de las remisiones normativas y la retroactividad de las leyes penales favorables en relación con los delitos sobre la ordenación del territorio”, Revista de Ciencias Penales, Vol I, núm 1, Vigo, enero-junio, 1998.
- GORRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- GORRIZ ROYO, E.: Los delitos de prevaricación urbanística, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GÓRRIZ ROYO, E.: Los delitos sobre la ordenación del territorio: artículos 319 y 320 del CP en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J/ GÓNZALEZ CUSSAC J. L (Dirs.), Comentarios a la Reforma Penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- GRACIA MARTÍN, L.: El actuar en lugar de otro. Derecho Penal I. Teoría General, Zaragoza, 1985.
- GRACIA MARTÍN., L.: (Coord.)/BOLDOVA PASAMAR., M. A/ ALASTUEY DOBÓN, M. C.: Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, Valencia, 1998.
- GUIASOLA LERMA, C.: Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- GRACIA MARTÍN, L.: “Los tipos delictivos de los artículos 319 y 321 del Código Penal, en la disciplina urbanística, el suelo no urbanizable, las parcelaciones ilegales y el nuevo Código Penal”, Actas I y II Jornadas, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1997.
- HAVA GARCÍA, E.: Protección jurídica de la flora y fauna en España, editorial Trotta, Madrid, 2000.
- HERNANDEZ PLASENCIA, J. U.: La autoría mediata en derecho Penal, Comares, Granada, 1996.
- IANNELLI, A.: Le violación edilizie, Milán, 1981.
- IBAÑEZ GARCÍA, I.: “El delito urbanístico ¿delito demagógico?”, Actualidad Penal, núm. 46, diciembre, 1958.
- KLOPFER, M., y VIERHAUS, H.: Umweltstrafrecht, Munich, 1995.
- LAMARCA PÉREZ, C.: Derecho Penal. Parte Especial, Colex, 5ª Edición, 2010.
- LASO MARTÍNEZ, J. L.: Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- LAURENZO COPELLO, P.: El resultado en Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- LOPERENA ROTA, D.: El derecho a un medio ambiente adecuado, Madrid, 1996.
- LÓPEZ GARRIDO, D. /GARCÍA ARÁN, M.: El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario, Madrid, 1996.

- LÓPEZ LAGO, O.: “Los delitos urbanísticos”, en AA.VV.: Manual de Urbanismo, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2001.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: “La conservación de la naturaleza: los espacios naturales protegidos”. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1980.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: Estudios jurídicos sobre la ordenación del territorio, Aranzadi, Navarra, 1995.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: “Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 151, 1997.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: Delitos contra la ordenación del territorio, Memento Práctico, Urbanismo, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.
- LUZÓN CUESTA, J. M.: Compendio de Derecho Penal. Parte Especial, Dykinson S. L, tema 39, Madrid, julio, 2010.
- LLIDO SILVESTRE, J.: “Algunas notas administrativas sobre el delito urbanístico”, Actualidad Administrativa, núm. 14, marzo-abril, 1997.
- MADDALENA, P.: “La tutela dell’ambiente-paesaggio”, en Amendala, G. (Coord.) Corso di legislazione ambientale, Dogana, 1988.
- MANZANARES SAMARIEGO (Dir.), “Delitos sobre la ordenación del territorio en el nuevo Código penal de 1995”, Actualidad Penal, Semana del 13 al 19 de abril de 1998, núm. 15, Madrid, 1998.
- MARTEL RIVERO, J.: “Responsabilidad en el proceso constructivo”, Poder Judicial, número especial VII. La función pericial de los arquitectos al servicio de la Administración de Justicia, 1989.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, P.: “Las personas responsables de las infracciones urbanísticas”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 81, 1983.

- MARTÍN HERNÁNDEZ, P.: “Las personas responsables de las infracciones urbanísticas”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, 81, 1983.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A.: “Delito urbanístico”, en Empresa y delito en el nuevo Código Penal, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1997.
- MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C.: Derecho Penal económico y de la empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos a la ordenación del territorio, en AA. VV.: Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch, 2ª Edición, Valencia, 2008, en CD.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, en Derecho Penal. Parte Especial, 3ª Edición, CD-ROM, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: “Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio”, La Ley, Revista Penal, núm. 8, 2001.
- MATEOS RODRIGUEZ ARIAS, A.: Los delitos relativos a la protección del medio ambiente, Colex, Madrid, 1998.
- MELLADO RUIZ, L. / PÉREZ FERRER, F.: “Algunas reflexiones sobre el “nuevo” derecho urbanístico en el proyecto de ley estatal del suelo: desarrollo sostenible y protección penal”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente”, núm. 232, 2007.
- MEZGER, W.: Tratado de Derecho Penal, tomo I, (revisado por RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A), Madrid, 1955.

- MILÁNS DEL BOSCH S. / DE URÍES, J.: “Delitos sobre el patrimonio histórico”, en AA.VV.: Derecho Penal Administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio Ambiente), Comares, Granada, 1997.
- MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D. M.: Responsabilidad de las empresas y de sus órganos y responsabilidad por el producto, Barcelona, 1996.
- MIR PUIG, S.: Derecho Penal. Parte General., 9ª edición, Barcelona, 2011.
- MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO: Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995 (dir. Mir Puig/ Corcoy Bidasolo; Coord. Gómez Martín), ed. REUS S.A. Ed. B de F.Buenos Aires-Montevideo. 2006.
- MORA ALARCÓN: Suma de Derecho Penal, Parte General y Especial, 1996.
- MORALES PRATS, F. y TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Delitos sobre la ordenación del territorio”, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/VALLE MUÑIZ (Coord.), Comentarios al nuevo Código penal, 1996.
- MORALES PRATS, F.: “Técnicas de tutela penal de los intereses difusos”, en Cuadernos de Derecho Judicial. Intereses difusos y Derecho Penal, Madrid, 1994.
- MORALES PRATS, F.: “Artículo 319 CP”, en Comentarios al nuevo Código Penal, QUINTERO OLIVARES, G (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), Thomson Aranzadi, 6ª ed., Pamplona, 2011.
- MORILLAS CUEVA, L.: Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas, Colección de Estudios Penales. Núm.3, Departamento de Derecho Penal, Universidad de Granada, Granada, 1980.
- MORILLAS CUEVA, L.: “Apuntes sobre las relaciones entre el Derecho penal y las demás ramas del Ordenamiento jurídico” en Revista de la Facultad de Derecho de Granada, núm. 11, 1986.

- MORILLAS CUEVA, L.: “Protección penal del agua (I)”, Cuadernos de Política Criminal, segunda época, núm. 82, CESEJ, Madrid, 2004.
- MORILLAS CUEVA, L.: Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Volumen I. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: Juicio de antijuridicidad, Dykinson, S.L., 2008.
- MORILLAS CUEVA, L.: Derecho Penal. Parte General. (Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal). Ley Penal, Dykinson, S. L., 2ª ed., Madrid, 2010.
- MORILLAS CUEVA, L.: “Städtebaudelikte zwischen Realität und Expansion”, en AAVV: Strafrecht als Scientia Universalis, libro homenaje a Claus Roxin, vol. II, De Gruyter, München, 2011.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I.: Dominio público, ed. Trivium, Madrid, 1992.
- MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial, 18ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: “Los delitos sobre ordenación del territorio. La responsabilidad penal de la Administración urbanística”, Actualidad Penal, núm. 16, 1997.
- OLMEDO CARDENETE., M.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente (I). Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, en MORILLAS CUEVA, L.: Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial., Dykinson S. L, Madrid, 2011.
- ORTEGA MONTORO, R.: “Los delitos de Ordenación del Territorio en el Código Penal de 1995”, La Ley, nº 4426, 1997.
- PAGANO, F.: Le sanzioni urbanistico-edilizie, ed. Pirola, Milán, 1992.

- PARADA VÁZQUEZ, J.R.: “Prólogo al libro de Laso Martínez, J.L.: Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal”, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: Delitos sobre la ordenación del territorio, Sentencia del TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 8/2000, Universidad de León, Editorial Aranzadi S. A, Pamplona, 2000.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.L.: “Delitos sobre la ordenación del territorio”, en Enciclopedia penal básica, Luzón Peña (dir.), Comares, Granada, 2002.
- PAREJO ALFONSO, L.: “Ordenación del territorio y medio ambiente”, en Revista de Derecho Urbanístico núm. 146, 1996.
- PAREJO ALFONSO, L.: “Prólogo” al libro de DOMINGUEZ LUIS, J. A/FARRÉ DÍAZ E: Los delitos relativos a la ordenación del territorio, Ediciones Revista General de Derecho Urbanístico, núm. 146, 1996.
- PAREJO ALFONSO, L.: “Ilícito penal e ilícito administrativo en materia de urbanismo”, en La disciplina urbanística, el suelo no urbanizable, las parcelaciones ilegales y el nuevo Código Penal, Actas I y II Jornadas, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1997.
- PASTOR ALCOY, F.: La prescripción en el Código Penal de 1995 y su aplicación retroactiva, Valencia, 1996.
- PEGORARI, P.: L’abuso edilizio in zona paesaggistica, ed. Shena, Fasano, 1987
- PÉREZ ALONSO, E. J.: “Delitos contra el patrimonio histórico en el Código Penal de 1995”, Actualidad Penal, núm. 33.
- PÉREZ ANDRÉS, A.: La Ordenación del territorio en el Estado de las Autonomías, Monografías Jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 1998.

- PERIS RIERA, J.M.: Delitos contra el medio ambiente, Colección de Estudios, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia, 2004.
- PERIS RIERA, J.M.: “Tutela penal del agua”, en PERIS RIERA, J.M.(Director)-CUESTA PASTOR, P.(Coordinador): La tutela penal del agua, Dykinson, S. L., Madrid, 2011.
- PIÑOL RODRIGUEZ, J.R.: Manual de Derecho Penal II, Parte Especial, Thomson-Civitas, 2ª ed., Madrid, 2004.
- POZUELO PÉREZ, L.: “Notas sobre la denominada “expansión del Derecho Penal”, un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio”, Revista de Derecho y Proceso Penal, núm. 9, 2003-1.
- POZUELO PÉREZ, L.: “La delincuencia urbanística”, en POZUELO PÉREZ, L. (Coord.): Derecho Penal de la Construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo, Comares, Granada, 2006.
- PRATS CANUT, J. M.: “Responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios municipales en materia ambiental”, Cuadernos Jurídicos, núm. 27, 1995.
- PRATS CANUT, J.M.: “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal, Quintero Olivares (dir.), Valle Muñiz (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 1996.
- PUENTE SEGURA, L.: Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal, ed. Constitución y Leyes (Colex), Madrid, 1997.
- QUERALT JIMENEZ, J. J.: Derecho Penal Español, Parte Especial, 5ª ed., Atelier, Barcelona, 2008.

- QUINTERO OLIVARES, G.: “Observaciones de la parte especial del Anteproyecto del Código Penal”, en La reforma del Código Penal, (coord. MIR PUIG, S.), Bellaterra, 1980.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la Ordenación del Territorio.”, en Las fronteras del Código Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, Cuadernos de Derecho Judicial, tomo IX, Madrid, 1997.
- QUINTERO OLIVARES, G. (Dir) / MORALES PRATS (Coord): Comentarios al Código Penal Español, Thomson Aranzadi, 6ª ed., Pamplona, 2011.
- QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios, Aranzadi S. A, Thomson Reuters, primera edición, Navarra, 2010.
- RAGUÉS I VALLÉS, R.: El dolo y su proceso penal, Bosch, Barcelona, 1999.
- RAMOS TAPIA, I.: “Delitos de acción. La tipicidad”, en AA.VV.:Derecho Penal. Parte General (dirigido por Zugaldía Espinar), 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2004.
- REY GÓNZALEZ, C.: La prescripción de la infracción penal (en el Código de 1995), Madrid/Barcelona, 1999.
- REZZONICO, S.: (I reati edilizie II regime penale degli illeciti urbanístico-edilizi e ambientali. Rassegna di giurisprudenza e prontuario normativo, ed. UTET, Milán, 1992.
- REZZONICO, S., I reati edilizi ed urbanistici, Milán, 1993.
- ROCA AGAPITO, L.: “Los delitos contra la ordenación del territorio en la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia”, Revista de Derecho Penal, Lex Nova, enero, 2002.
- RODAS MONSALVE, J.C.: Protección Penal y Medio Ambiente, PPU, Barcelona, 1993.

- RODRIGUEZ DE MIGUEL, L.: “Sociología del Urbanismo”, Revista de Derecho Urbanístico, núm. 37, 1974.
- RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, I.: “El restablecimiento del orden urbanístico en la vía penal: la demolición de la construcción o edificación ilegal” en FISCALIA SUPERIOR DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, Informe correspondiente al año 2005 de la Red de Fiscales Medioambientales, ed. Junta de Andalucía, Granada, 2006, sin paginar.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G.: “Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1984 (III).
- RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE.: “La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística”, en AA.VV.: El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Navarra, 2001.
- RODRIGUEZ RAMOS, L.: “El “resultado” en la teoría jurídica del delito”, Cuadernos de Política Criminal., núm. 1, 1977.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: Compendio de Derecho Penal. Parte Especial, Madrid, 1987.
- RODRIGUEZ RAMOS, L.: “Societas delinquere potest!”, La Ley, 3 de octubre de 1996 (4136).
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: Los delitos urbanísticos en el Proyecto de Código Penal, La Ley, Tomo II, Madrid, 1981.
- RODRIGUEZ RAMOS, L.: “La protección penal del urbanismo. Pautas para criminalizar algunas conductas”, Revista de Derecho urbanístico, núm. 81, 1983.
- RODRIGUEZ RAMOS, L.: “La disciplina urbanística y el nuevo Código Penal. La protección penal del territorio”, en AAVV: La disciplina urbanística, el suelo

no urbanizable, las parcelaciones ilegales y el nuevo Código Penal, Actas I y II Jornadas, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1997.

- ROGALL, K.: “Die Duldung im Umweltrafrescht”, NJ W, 1995 (14).
- ROMÁN GARCÍA, F. y VV.AA.: Derecho Penal Administrativo (Ordenación del territorio, Patrimonio histórico y Medio ambiente), Comares, Granada, 1997.
- ROMERO REY, C.: “Interrelaciones entre la protección penal y la protección administrativa en la ordenación del territorio, en especial el artículo 319 del CP”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 177, 2000.
- ROXIN, C.: Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I., München, 2006.
- ROXIN, C.: Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, 2006.
- RUIZ ANTÓN, L. F.: El agente provocador en el Derecho Penal, Edersa, Madrid, 1982.
- SAÉNZ DE PAPIÓN Y MENGES, J.: Tratado penal del espacio: El territorio, el suelo y la ciudad: ¿Globalización o reinención de lo local?, ed. La Ley, Madrid, 2003.
- SAÉNZ DE PIPAÓN Y MENGES, J/ SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, J.: La ciudad, objeto de protección penal. Acerca del llamado delito urbanístico, La Ley, Madrid, 2009.
- SALIGER, F., SATZGER, H-SCHMITT, B-WIDMAIER, G.: StGB., Strafgesetzbuch. Kommentar., Köln, 2009.
- SALINERO ALONSO, C.: “Delitos contra la ordenación del territorio”, I y II, Diario LA LEY, núms. 4354 y 4355, Tomo 4, 1997.

- SÁNCHEZ DOMINGO, M.B: Delitos urbanísticos, Colección Monografías Penales, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F.: “Delitos sobre la ordenación del territorio: el delito urbanístico en el nuevo Código Penal”, Cuadernos de Política Criminal, núm.63, 1997.
- SÁNCHEZ ROBERT, M. J.: “Evolución jurisprudencial del concepto de demolición de obra desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 hasta la actualidad”, Cuadernos de Política Criminal, núm. 103, I, época II, Sección Jurisprudencial, mayo 2011.
- SANTANA VEGA, D. M<sup>a</sup>. : “Delitos urbanísticos (o de cómo no legislar en Derecho Penal)”, en AA.VV.: Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995, editorial Reus/ ed. B de f, Montevideo- Buenos Aires, 2006.
- SAPENA GRAU, Fco.: El arquitecto técnico y el aparejador frente al nuevo Código Penal, Guía práctica de uso, Cedecs, Barcelona, 1997.
- SCHMIDT, A y SHÖNE, T.: “Das neue Umweltstrafrecht”, en Neue Juristische Wochenschrift, 1994/39.
- SEBASTI, R.: Il controllo dell’attività edilizia, prevenzione, repressione e recupero dell’abusivismo, edizione. delle Autonomie, Roma, 1982
- SESTITO, F.: “L’esecuzione penale delle sentenze di condanna per reati urbanistici”, en [www.appinter.csm.it-incontri-relaz-14850.pdf](http://www.appinter.csm.it-incontri-relaz-14850.pdf).
- SERRANO GOMEZ, A.: Derecho Penal, Parte Especial, Dykinson, Madrid, 14<sup>a</sup> ed., 2011.
- SERRANO GÓMEZ, A.: SERRANO MAILLO, A.: Derecho Penal. Parte Especial., 15<sup>a</sup> edición, Dykinson, Madrid, 2010.

- SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho Penal. Parte Especial, 9ª edición, Dykinson, Madrid, 2004.
- SILVA FORNÉ, D.: “Delitos sobre la ordenación del territorio: bien jurídico tutelado y política criminal”, Revista de Ciencias Penales, vol. 1, núm. 2, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: El delito de omisión. Concepto y sistema, Barcelona, 1986.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código Penal”, La Ley, 1997-3.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “¿Política criminal “moderna”? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español”, Actualidad Penal, núm.23, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: Delitos contra el medio ambiente, Tirant lo Blanch, 2000.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: Comentarios al Código Penal, G. Rodríguez Mourullo (dir) y A. Jorge Barreiro (coord.), Civitas, Madrid, 1997.
- TEJEDOR BIELSA, J.: Derecho Administrativo, Parte especial (Dir. José Bermejo Vera), Civitas, 5ª ed., Madrid, 2001.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M.: Derecho Penal de la Empresa, Trotta, Madrid, 1995.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M.: “Peligro abstracto y garantías penales”, En QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS (Coords.), El nuevo Código penal español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.

- TERRADILLOS BASOCO, J. M.: Delitos societarios. El Derecho Penal de las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE, Madrid, 1987.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio y a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, Ponencia presentada al Curso El nuevo Código Penal español de 1995, Centro Mediterráneo de la Universidad de Granada, Almuñécar, 12 de septiembre de 1996.
- TERRADILLOS BASOCO, J.: “Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal. Luces y sombras”, Estudios Penales y Criminológicos, núm. 17 1996.
- TIEDANMANN, K y KINDHÄUSER, U.: “Umweltstrafrecht-bewährung oder Reform”, en Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1988/8.
- TORÍO LÓPEZ, A.: “Sobre los límites de la ejecución por imprudencia”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1972.
- URRAZA ABAD, J.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio: principales polémicas y primeros posicionamientos jurisprudenciales”, Actualidad Penal, núm. 27, 2001.
- VAQUER CABALLERÍA, M, “Estudio preliminar”, en PAREJO ALFONSO, L. y ROGER FERNÁNDEZ, G. Comentarios a la Ley del Suelo (Ley 8/2007 de 28 de mayo), Iustel, Madrid, 2007.
- VALLS PRIETO, J: “Las exenciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿Son responsables los partidos políticos y sindicatos?”, Cuadernos de Política Criminal 104, II, época II, octubre, 2011.
- VERCHER NOGUERA, A.: “Las autorizaciones administrativas y los delitos contra el medio ambiente”, en Actualidad Penal, núm. 47, 1995.

- VERCHER NOGUERA, A.: “La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio”, *La Ley*, núm. 4218, 1997.
- VERCHER NOGUERA, A.: “Constructores, promotores y técnicos directores en los delitos contra la ordenación del territorio a la luz de la reciente jurisprudencia penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 357, 1998.
- VERCHER NOGUERA, A.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y medio ambiente”, en *AAVV: Código Penal de 1995, Comentarios y Jurisprudencia*, 1998.
- VERCHER NOGUERA, A.: *La delincuencia urbanística. Aspectos penales prácticos sobre el urbanismo y ordenación del territorio*, Colex, Madrid, 2002.
- VERCHER NOGUERA, A.: “Delitos contra la Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente”, en *AA.VV: Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995, Tomo II, Parte Especial*.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 y 320 CP)*, en *QUINTERO OLIVARES, G.: La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Thomson Reuters, 2010.
- VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos del Sistema Penal*, Valencia, 1996.
- VIVES ANTÓN, T. S.: “Comentario al artículo 11”, en *AA.VV.: Comentarios al Código Penal de 1995*, (coord. VIVES ANTÓN, T. S), volumen I, Valencia, 1996.
- ZUGALDIA ESPINAR, J. M, MARÍN ESPINOSA CEBALLOS, E. y PÉREZ ALONSO, E.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima, 2010.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “Societas delinquere non potest. Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio”, *La Ley*, 2010.

- ZUÑIGA RODRIGUEZ, L.: Bases para un Modelo de imputación de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2009.

## **INDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS CITADAS.**

Sentencia de Saliba c. (Malta), de 8 de noviembre de 2005.

Sentencia de Paudicio c. (Italia), de 24 de mayo de 2007.

Sentencia de Vitiello c. (Italia) de 17 de julio de 2007.

## **ÍNDICE CRONOLÓGICO DE AUTOS Y SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CITADOS.**

Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 64/1982, de 4 de noviembre de 1982.

Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 127/1990.

Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 184/1992, de 16 de noviembre de 1992.

Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 61/1997, de 20 de marzo de 1997.

Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 62/1997.

Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 120/1998.

Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 24/2004, de 24 de febrero de 2004.

Auto del Tribunal Constitucional (ATC) 395/2004, de 19 de octubre de 2004.

Sentencia del Tribunal Constitucional (STC), de 14 de marzo de 2005.

## **ÍNDICE CRONOLÓGICO DE AUTOS Y SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO CITADAS.**

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 27 de febrero de 1961.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 8 de mayo de 1968.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 14 de noviembre de 1969.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 21 de noviembre de 1969.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 4 de noviembre de 1972.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 22 de mayo de 1974.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 26 de junio de 1974.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 11 de octubre de 1974.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 17 de octubre de 1974.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 15 de enero de 1975.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 6 de octubre de 1975.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 15 de octubre de 1976.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 28 de noviembre de 1977.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 1 de julio de 1979.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 3 de octubre de 1979.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 8 de febrero de 1980.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 12 de febrero de 1981.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 9 de marzo de 1981.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 8 de julio de 1981.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 6 de noviembre de 1981.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 21 de enero de 1982.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 30 de abril de 1983.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 25 de mayo de 1983.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 17 de febrero de 1984.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 1 de marzo de 1984.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 13 de junio de 1984.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 14 de junio de 1984.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS), de 13 de diciembre de 1984.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 11 de febrero de 1985.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 25 de febrero de 1985.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 20 de marzo de 1985.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 20 de junio de 1985.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 20 de junio de 1985.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 21 de enero de 1986.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 17 de febrero de 1986.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 25 de abril de 1986.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 16 de mayo de 1986.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 7 de junio de 1986.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 30 de octubre de 1986.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 27 de octubre de 1987.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 20 de junio de 1987.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 7 de marzo de 1988.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 8 de junio de 1988.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 15 de mayo de 1989.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 27 de noviembre de 1989.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 19 de diciembre de 1989.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 5 de enero de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 26 de febrero de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 5 de marzo de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 6 de marzo de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 10 de abril de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 9 de julio de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 5 de septiembre de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 31 de octubre de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 6 de noviembre de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 29 de enero de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 14 de febrero de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 13 de junio de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 1 de octubre de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 3 de octubre de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 30 de octubre de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 7 de noviembre de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 27 de noviembre de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 3 de diciembre de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 4 de diciembre de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 2 de enero de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 22 de febrero de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 6 de marzo de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 18 de marzo de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 23 de abril de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 23 de mayo de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 24 de junio de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 2 de junio de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 6 de octubre de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 10 de octubre de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 3 de noviembre de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 30 de noviembre de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 15 de diciembre de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 21 de febrero de 1994.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 27 de octubre de 1994.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 2 de noviembre de 1994.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 7 de marzo de 1995.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 22 de marzo de 1995.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 3 de mayo de 1995.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 14 de junio de 1995.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 20 de enero de 1996.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 9 de febrero 1996.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 30 de abril de 1996.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 3 de julio de 1996.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 29 de septiembre de 1996.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 23 de diciembre de 1996.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 20 de enero de 1997.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 18 de julio de 1997.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 25 de septiembre de 1997.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 22 de enero de 1998.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 5 de mayo de 1998.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 14 de mayo de 1998.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 11 de marzo de 1999.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 13 de marzo de 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 14 de marzo de 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 27 de marzo de 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 28 de abril de 2000.

Auto del Tribunal Supremo (ATS) de 22 de diciembre de 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 26 junio de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 2 de noviembre de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 15 de enero de 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 20 de septiembre de 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 2 de diciembre de 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 24 de enero de 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 14 de mayo de 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 6 de julio de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 16 de julio de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 28 de marzo de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 17 de octubre de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 29 de noviembre de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 29 de noviembre de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 6 de abril de 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 27 de noviembre de 2009.

### **ÍNDICE CRONOLÓGICO DE AUTOS Y SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES Y TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA CITADOS.**

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Baleares de 13 de febrero de 1989.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Baleares de 29 de noviembre de 1991.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Baleares de 11 de junio de 1994.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña de 2 de mayo de 1995.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Castilla y León de 17 de abril de 1996.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña de 12 de mayo de 1997.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Palencia de 13 de julio de 1998.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz de 11 de septiembre de 1998.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Málaga de 16 de septiembre de 1998

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Palencia de 13 de octubre de 1998.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Valladolid de 1 de diciembre de 1998.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz de 22 de diciembre de 1998.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Palencia de 31 de diciembre de 1998.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Zaragoza de 25 de enero de 1999.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz de 31 de mayo de 1999.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz de 7 de junio de 1999.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Zaragoza, núm. 277/1999, de 15 de junio de 1999.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de La Coruña de 5 de julio de 1999.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Alicante (Sección 1ª) de 27 de diciembre de 1999.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz de 17 de enero de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz, núm. 12/2000, de 9 de febrero de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz de 17 de febrero de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz de 23 de febrero de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de La Coruña de 7 de marzo de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Almería de 29 de marzo de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de La Coruña de 26 de abril de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Baleares de 29 de abril de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de La Coruña de 5 de mayo de 2000.

Auto de la Audiencia Provincial (AAP) de Cáceres, núm. 30/2001, de 7 de mayo de 2001.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Jaén de 29 de mayo de 2001.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Alicante de 21 de junio de 2001 (ARP/2001/359).

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz de 30 de junio de 2000 (ARP/2000/2469).

Auto de la Audiencia Provincial (AAP) de Ciudad Real de 10 de diciembre de 2002.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Jaén de 23 de enero de 2003 (JUR/2003/45129).

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Córdoba de 4 de febrero de 2003.

Auto de la Audiencia provincial de Córdoba, núm. 42/2003, de la sección 2ª de 13 de febrero en recurso de apelación núm. 39/2003.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Burgos de 29 de marzo de 2003.

Auto de la Audiencia Provincial (AAP) de Jaén de 17 de marzo de 2003.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Málaga de 13 de junio de 2003.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Baleares de 14 de julio de 2003.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Madrid (Sección 6ª) de 19 de febrero de 2004.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Madrid de 19 de febrero de 2004.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Vigo 3 de noviembre de 2004.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Zaragoza de 10 de mayo de 2004.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Castellón de 21 de mayo de 2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Córdoba de 26 de mayo de 2005.

Auto de la Audiencia Provincial (AAP) de Vizcaya de 30 de mayo de 2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Madrid de 31 de mayo de 2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Madrid de 14 de septiembre de 2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Madrid de 27 de octubre de 2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Ciudad Real de 25 de noviembre de 2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Pontevedra de 28 de mayo de 2006.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Córdoba de 7 de noviembre de 2006.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Sevilla de 22 de diciembre de 2006.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz, núm. 99/2007, de 27 de marzo de 2007.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Huelva de 3 de mayo de 2007.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Sevilla de 10 de mayo de 2007.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Jaén, núm. 200/2007 (Sección 3ª), de 20 de septiembre de 2007.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz, 300/2007, de 16 de octubre de 2007.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz, núm. 313/2007, (Sección 1ª), de 23 de octubre de 2007.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Sevilla, núm. 518/2007, de 15 de noviembre de 2007.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cáceres, núm. 39/2009, de 20 de febrero de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Córdoba (Sección 1ª) de 10 de marzo de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz de 14 de abril de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Córdoba, 130 /2008, de 28 de mayo de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Sevilla de 25 de junio de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Córdoba, 168/2008, de 2 de julio de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Jaén, núm. 113/2008, de 4 de julio de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Pontevedra de 8 de julio de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Jaén de 24 de julio de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz, 293/2008, de 24 de septiembre de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Jaén, núm. 233/2008, de 9 de octubre de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz, 347/2008, de 31 de octubre de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Lugo, núm. 350/2008, de 31 de octubre de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Las Palmas, 423/2008, de 21 de noviembre de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz, 397/2008, de 24 de noviembre de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Almería, 296/2008, de 10 de diciembre de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz, núm. 435/2008 (Sección 4ª), de 19 de diciembre de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz, 407/2008, de 26 de diciembre de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz de 26 de diciembre de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Sevilla, 167/2009, de 3 de marzo de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Sevilla, núm. 160/2009 (Sección 7ª), de 30 de marzo de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Tarragona, 224/2009, de 24 de abril de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Sevilla, núm. 207/2009, de 24 de abril de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Almería, 150/2009, de 18 de mayo de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Sevilla de 19 de mayo de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Córdoba de 22 de mayo 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz, 213/2009, de 27 de mayo de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz, 214/2009, de 27 de mayo de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Córdoba de 27 de mayo de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Palma de Mallorca de 11 de junio de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cádiz, núm. 245/2009, de 16 de junio de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Almería (Sección 2ª) de 30 de junio de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Granada, núm. 416/2009, de 15 de julio de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Almería de 17 de septiembre de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Huelva de 14 de octubre de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Huelva de 15 de octubre de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Almería (Sección 2ª) de 19 de diciembre de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Alicante de 27 de diciembre de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Almería de 29 de enero de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Jaén, 48/2010, de 16 de abril de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Almería, 144/2010, de 29 de abril de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Córdoba, núm. 380/2010 (Sección 1ª), de 12 de mayo de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Almería, núm. 182/2010 (Sección 3ª), de 28 de mayo de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Huelva, núm. 184/2010 (Sección 1ª), de 4 de junio de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Albacete, 106/2010, de 19 de junio de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Baleares, núm. 190/2010, de 30 de junio de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Jaén, núm. 159/2009, de 7 de julio de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de León de 10 de julio de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Alicante, 106/2010, de 19 de julio de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Baleares, núm. 228/2010 (Sección 1ª), de 17 de septiembre de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Las Palmas de 15 de octubre de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Barcelona, 65/2010, de 30 de diciembre de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Castellón, 563/11, de 5 de diciembre de 2011.

## ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AAVV	Varios autores
ADPCPP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
ARP	Anuario Repertorio de Jurisprudencia
Art	Artículo
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
Cfr.	Confróntese
cit.	Citado
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
Dir.	Director
Ed.	Editorial
EIA	Evaluación de Impacto Ambiental
JUR	Jurisprudencia
KW	Kilovatios
LCENFF	Ley de Conservación de los Espacios Naturales, Flora y Fauna Silvestres.
LDU	Ley de Desarrollo Urbanístico
LECR	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LENP	Ley de Espacios Naturales Protegidos
LPH	Ley de Patrimonio Histórico
LO	Ley Orgánica
LOE	Ley de Ordenación de la Edificación
LOUA	Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía
LPM	Ley de Protección del Medio Ambiente
LPNP	Ley de Protección de Espacios Naturales Protegidos
LRJAPPAC	Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común
LRSV	Ley sobre Régimen de Suelos y Valoraciones
Luar	Ley de Urbanismo de Aragón
Lucat	Ley de Urbanismo de Cataluña
Nº	Número
Núm.	Número
Op.	Obra
Pág.	Página
PANC	Propuesta de Anteproyecto de Código Penal
PLCP	Proyecto de Ley del Código Penal
RDL	Real Decreto Legislativo
RPU	Revista de Derecho Urbanístico
RDUMA	Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Sig.	Siguiente
ss.	Siguientes
StBG	Stragesetzbuch (Código penal alemán)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TR	Texto Refundido
TRLS	Texto Refundido de la Ley de Suelo
TRSOU	Texto Refundido de la Ley de Suelo y Ordenación Urbanística
Vid.	Véase