

“INFRACCIONES URBANÍSTICAS Y DERECHO PENAL”*

DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO PRONUNCIADO EL 28 DE NOVIEMBRE DE 2002 POR EL ACADÉMICO ILMO. SR. D. GABRIEL GARCÍAS PLANAS

Introducción.

Se trata de infracciones contra lo que se ha venido en denominar “intereses difusos”, al igual que ocurre con otro tipo de delitos vgr. los delitos contra el medio ambiente.

Los delitos contra la ordenación del territorio, son de reciente aparición en nuestra legislación, ya que aparecen por primera vez en el Código Penal de 1995.

Habría que buscar su precedente en el artículo 45.1 de la Constitución Española donde una interpretación amplia del medio ambiente englobaría la ordenación del territorio.

Por otra parte, el Proyecto de Código Penal de 1980 incluyó los delitos urbanísticos dentro de los delitos contra la ordenación del territorio y el Proyecto de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 –PANCP- en sus artículos 307 y 309 los ubicó en un título “Ordenación del territorio y medio ambiente”. Pero ambos textos no llegaron a discutirse en fase parlamentaria el primero por disolverse el Parlamento, sin que llegase a transformarse en Proyecto el segundo.

* Basado en mi publicación “El delito Urbanístico” Valencia 1997;y en Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio. Oñate: I.V.A.P. 1998.

La razón de tipificarse como delito era según la Doctrina que el Derecho Administrativo había fracasado y por otra parte existía una falta de control democrático por parte de los Ayuntamientos.

Existieron divergencias sobre si tenía que incluirse como delito en el Código Penal o creando Leyes Especiales; a favor de la primera postura se afirmaba que en este caso existía un mayor conocimiento de la Ley, lo que ayudaba a la prevención general y que por otra parte al no estar dispersas las normas se facilitaba una aplicación mas uniforme, dando lugar también a un reforzamiento de la conciencia ciudadana de evitación de ataques a la ordenación del territorio.

No faltaron quienes, los menos, que opinaban que era preferible la tipificación a través de Leyes Especiales.

Sin embargo, tuvieron que pasar más de diez años, casi quince, desde los Proyectos de 1980 y el Anteproyecto de Nuevo Código Penal -PANCP- para que los delitos contra la ordenación del territorio vieran la luz en el Código Penal de 1995.

“Non bis in idem”.

Los delitos relativos a la ordenación del territorio es frecuente que se inicien a denuncia de la propia Administración que inicia expedientes en vía administrativa.

Cuando se instruya un expediente administrativo, a raíz de una infracción urbanística y aparezca la posibilidad de que los hechos puedan ser constitutivos de infracción penal, se paralizará el procedimiento administrativo remitiendo las actuaciones a la jurisdicción penal; si ésta archiva las actuaciones o absuelve del delito urbanístico, de nuevo se reabrirá el procedimiento administrativo sancionador en donde deberán tenerse en cuenta los hechos probados en la jurisdicción penal. En este sentido Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de Octubre de 1983.

Si los hechos se sanciona en vía administrativa y no se paraliza el procedimiento pese a que pudiera constituir una infracción penal, con posterioridad no podrá iniciarse un procedimiento penal, si la sanción impuesta en vía administrativa ha ganado firmeza, en este sentido el Tribunal Constitucional en la Sentencia 8 de Junio de 1990 puso de relieve que “solo puede conculcarse la prohibición del non bis in idem una vez recaiga sanción administrativa firme”. Así lo recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 3 de Noviembre de 2000.

Con anterioridad la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Mayo de

1986 había absuelto por delito fiscal a una persona sancionada en vía administrativa por la infracción tributaria, firme, aún cuando no se hubiera hecho efectiva la cuantía de la multa.

Análisis del artículo 319 del Código Penal

El Bien jurídico protegido del artículo 319 del Nuevo Código Penal

En opinión de Boix Reig y Juanatey Dorado el bien jurídico protegido parece ser la Ordenación del territorio, o, más bien la normativa reguladora de la Ordenación del territorio, en la medida en que esta normativa tiende a proteger y mejorar la calidad de vida de todos los habitantes del mismo (artículo 45 CE). Dicho bien jurídico puede encuadrarse dentro de los intereses difusos, es decir de aquellos bienes o intereses de gran relevancia social y en cuya tutela están interesados por igual todas las capas de la población.

Según Muñoz Conde a pesar de la última conexión de la Ordenación del territorio con la materia medioambiental, el concreto y específico bien jurídico protegido de las distintas modalidades del delito urbanístico es el interés en que se cumplan las leyes y reglamentos sobre ordenación del territorio. Se pretende proteger la ordenación del territorio frente a las conductas abusivas que transgreden la defensa del urbanismo.

Junto a este bien jurídico protegido fundamental, aparecen otros intereses unidos al mismo, cuando el tipo se refiere a determinados tipos de construcciones: la conservación del valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico, o cultural de determinados lugares.

En última instancia, se tutela el derecho de todo ciudadano a la conservación y disfrute de la riqueza natural y el patrimonio cultural.

Para De Vega Ruiz, con esta infracción se ampara penalmente la calidad de vida y el hábitat, pues la actividad urbanística puede llegar a deteriorar el medio ambiente.

Aunque en primer término el bien jurídico protegido sea el cumplimiento de las normas administrativas sobre utilización racional del suelo. En realidad se trata de amparar todo lo que la ecología representa en relación al suelo urbanístico. Se trata de un gran acierto legislativo para De Vega Ruiz. La filosofía del precepto es poner freno al disparate urbanístico.

Finalmente ponen de manifiesto López Garrido y García Aran que los bienes jurídicos aquí protegidos se inscriben en el fenómeno general de

incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos, también llamados difusos. La incorporación de estos bienes jurídico-penales difusos obedece según estos autores “a las exigencias de intervención estatal que se impone al Estado Social y que puede derivarse de los “principios rectores de la política social y económica” del Capítulo III del Título I de la Constitución Española. La Ordenación del territorio se encuentra en clara relación con el mandato constitucional de regulación de la utilización del suelo de acuerdo con el interés general (art. 47 CE).

El bien jurídico que se intentó proteger con el artículo 319 CP es la Ordenación del territorio, entendido como limitaciones legales o administrativas que afecten al uso del suelo.

En conclusión y teniendo en cuenta que el tenor literal del art. 319 CP está prácticamente transcrito de la legislación urbanística (TRLS 92), es lógico pensar que sólo se debe aplicar el artículo en las acciones de mayor entidad y más gravosas para el bien jurídico.

¿Y cual es el bien jurídico?. Evidentemente la Ordenación del Territorio, pero; ¿En qué sentido?. Pienso que el bien jurídico debe entenderse como el aprovechamiento del suelo, entendido como interés general, que se consigue por la planificación de acuerdo con las leyes. El uso del suelo que integra el hombre en su ámbito espacial, con respeto al medio físico, es para mí el bien jurídico-penal protegido. Sólo las acciones que destruyen o afectan ostensiblemente al medio espacial en que se debe desarrollar la vida en comunidad, deberían a mi entender ser penadas por este artículo. La Sentencia de 14 de Marzo de 2000 de la Audiencia Provincial de Palencia confirmó la de un Juzgado de lo Penal absolviendo al acusado del delito previsto en el artículo 319.1, por cuanto consideró que “no puede afirmarse con certeza que la construcción litigiosa realizada por el acusado lesionase el bien jurídico protegido por la norma”.

Así consideró “que no toda construcción contraria a la normativa urbanística integraba la figura delictiva imputada”.

Sujeto Pasivo.

El sujeto pasivo se deduce del bien jurídico protegido, que en este caso es la ordenación del territorio, o más bien su normativa reguladora, en la medida en que dicha normativa tiende a proteger y mejorar la calidad de vida de los habitantes del territorio (art. 45 CE). Este bien jurídico como interés difuso, es aquel de gran relevancia social y en cuya tutela están interesados por igual todas las capas de la población. Es lógico deducir que los depositarios de este interés, es decir el sujeto pasivo del delito es plural, la colectividad, entendida como el conjunto de habitantes del territorio

donde se ha cometido el delito, pues este delito ha atacado en último término la calidad de vida de estos habitantes.

Por otra parte, el art. 47.1 de la Constitución dice textualmente: “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”.

Este es el entronque constitucional del artículo 319. Si el criterio rector para regular legalmente la utilización del suelo es el interés general, es lógico pensar que si se ha introducido este precepto penal es para proteger el interés general. Ello nos lleva a pensar igualmente que la colectividad, los habitantes de un territorio determinado, constituyen el sujeto pasivo del artículo.

De otra parte, el ataque al bien jurídico, se ha de producir 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 (319.1); o como veremos en suelo no urbanizable.

La función de este suelo es de interés público general, para disfrute de toda la población y por tanto hay que pensar que el sujeto pasivo es igualmente toda la población.

De Vega Ruiz, insiste en esta última idea al comentar el tipo penal del art. 319. Aclara que ya el art. 255 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana “establece una protección administrativa especial de las zonas verdes, frente a las posibles infracciones de la zonificación y de su uso urbanístico”. Los destinos que se dan al suelo en el art. 319 son protegibles penalmente por ser de interés público pues redundan en la calidad de vida y el hábitat de las personas, por tanto el sujeto pasivo es la colectividad.

En cuanto al suelo no urbanizable, protegido en el art. 319.2; según la ley del suelo, el suelo no urbanizable es aquel que sólo puede ser destinado a usos agrícolas, forestal, ganadero, cinegético y en general, de los vinculados a la utilización racional de los recursos naturales. En este tipo de suelo están prohibidas las parcelaciones urbanísticas y debe preservarse del desarrollo urbano, excluyendo las edificaciones, salvo las excepciones establecidas por la Ley.

Para Muñoz Conde, “Se tutela, en última instancia, el derecho de todo ciudadano a la conservación y disfrute de la riqueza natural y el patrimonio

cultural”, en consecuencia el sujeto pasivo es “todos los ciudadanos”, la colectividad, entendida como los habitantes de un hábitat físico determinado.

En cuanto a cual se supone que era el sujeto pasivo que se quería proteger con este artículo, por parte del legislador, lo analizan los profesores López Garrido y García Aran.

Se dice que el bien jurídico es “supraindividual, o colectivo que supera las concepciones personalistas del bien jurídico”. El bien jurídico colectivo entronca con el art. 47 CE. Por tanto si el bien jurídico protegido es colectivo, su ataque repercutirá sobre una colectividad de personas. Por tanto concluimos que el sujeto pasivo del delito es la colectividad. Además el art. 47 CE se incluye en los “principios rectores de la política social y económica” del Capítulo III del Título I de la CE y por tanto protegen a la generalidad de las personas. Si el precepto penal deriva del constitucional hay que pensar que está concebido para proteger a un sujeto pasivo plural.

Conducta típica

El Artículo 319.1 y 2

Previamente a analizar la conducta típica veamos el momento de la misma y su posible incardinación en el Código Penal de 1995. Es decir que ocurre con una construcción comenzada antes de la entrada en vigor del nuevo Código Penal y concluida después. La respuesta es que en tales supuestos el vigente Código Penal será aplicable a la construcción que se continuó tras su entrada en vigor.

La razón es que estamos ante un delito permanente, es decir, que la situación antijurídica no se agota con la consumación y por tanto las obras que se sigan efectuando tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 no pertenecerán a la fase posterior a la consumación del delito –agotamiento del mismo- sino que se seguirá perteneciendo “a la fase consumativa, por no seguirse realizando los elementos constitutivos del tipo penal”, Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 17 de Marzo de 1998.

La conducta tipificada consiste en llevar 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”. En consecuencia, estamos ante un delito de resultado que exige una transformación concreta del mundo exterior, consistente en la realización de esa construcción no autorizada.

La primera cuestión que se plantea es qué se debe entender por “construcción”, puesto que en la Ley del Suelo no se encuentra ninguna definición. Así, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el vocablo “construcción” tiene varios significados, que por lo que aquí interesa se concretan en los siguientes: 1) Acción y efecto de construir; 2) Arte de construir; y 3) Tratándose de edificios, obra construida. Por su parte, “construir” significa: fabricar, edificar, hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento o en general cualquier obra pública. Por otra parte, el “Diccionario de l’art i dels oficis de la construcció”, de contenido temático y con una mayor precisión técnica, define la palabra “construcció” como: “Art de construir. Obra construïda; resultat pràctic de l’obra concebuda pel projectista, aconseguit mitjançant la conjugació harmònica de tres factors fonamentals: coneixements tècnics, mà d’obra i materials apropiats”; y el vocablo “construir” como: “edificar, fabricar, erigir, fer de nou (una casa, palau, esglèsia, monument, pont, camí, etc.)”.

Boix Reig y Juanatey Dorado para tratar de distinguir los conceptos empleados por el legislador en el artículo 319 párrafos 1º y 2º “construcción” y “edificación”, tras citar las leyes administrativas donde aparecen estos vocablos -Ley del Suelo y Reglamento de Disciplina Urbanística- llegan a la conclusión de que el término “construcción” engloba, al ser mas amplio, el de edificación pero no viceversa. Así vgr. podremos hablar de la “construcción” de una autopista y no de la “edificación” de una autopista; en consecuencia, la edificación en un sentido etimológico será aquella parte de la construcción tendente a la creación de edificios; con todo, no podemos olvidar que en un lenguaje coloquial estas precisiones se obvian utilizándose ambos vocablos indistintamente y sin mayores precisiones, por ejemplo se hace referencia tanto a “construcción” de apartamentos como a “edificación” de apartamentos.

Por tanto, partiendo del significado de la palabra “construcción” y los comentarios efectuados por los anteriormente referidos autores, podemos concluir que es lo suficientemente amplia para incluir en ella cualquier tipo de obra, sin limitarse a edificios destinados a vivienda humana, e incluyendo a las denominadas obras de urbanización.

Por otra parte, el que dicho artículo se refiera a “llevar a cabo” una construcción, indica que no es preciso que la construcción esté finalizada, sino que es suficiente con que esté iniciada. Otra cuestión es determinar qué grado de realización de la construcción se requiere para entender la construcción iniciada a efectos de considerar la conducta penalmente relevante. Entiendo que debe requerirse algo más que una simple alteración del terreno natural, para entender iniciada la construcción, puesto que de lo contrario, un simple movimiento de tierras, no autorizado, podría considerarse delito, lo que no parece congruente con el principio penal de

mínima intervención. Según éste, el Derecho Penal no debe intervenir más que cuando el recurso a la pena sea absolutamente necesario; afirmándose que sólo existe tal necesidad cuando nos encontramos ante bienes jurídicos imprescindibles para la vida social y, además, no es posible otorgarles una adecuada protección mediante el recurso a otras medidas jurídicas menos graves que la pena. De ahí que, atendido el carácter fragmentario del Derecho penal, que significa que no protege todos los bienes jurídicos, sino sólo un fragmento de los mismos, esto es, aquellos que se consideran los más importantes y, además, sólo frente a determinados ataques, los más graves, y atendido su carácter secundario, que significa que a pesar de estar ante bienes jurídicos de la máxima importancia no deberemos acudir al derecho penal si es posible otorgar una adecuada tutela a dichos bienes acudiendo a consecuencias jurídicas menos gravosas para los derechos de los individuos que las consecuencias penales, podemos concluir que ante un simple movimiento de tierras, el bien jurídico ordenación del territorio, puede protegerse suficientemente con las sanciones y medidas previstas en la legislación urbanística. Dejando para aquellas actuaciones más relevante que comprometen seriamente el bien jurídico protegido, la intervención penal.

Una vez explicado el significado de “construcción” y lo que entiendo que puede significar debe indicarse que, otro requisito que debe concurrir para que se cometa la conducta tipificada como delictiva, es que se lleve a cabo una construcción “no autorizada”, o sea, carente de la preceptiva autorización administrativa, lo que puede ocurrir que se deba a que la construcción se ha efectuado sin haber solicitado la correspondiente autorización o a que solicitada ésta haya sido denegada; deben incardinarse dentro del concepto de construcción “no autorizada” aquellos supuestos en que no se da cumplimiento a una condición esencial exigida en la licencia, piénsese por ejemplo en los casos en que se de una licencia que se somete a la previa demolición de la edificación existente. Igualmente merecen la calificación de “no autorizada” aquellas construcciones que se excedan de la licencia otorgada en este caso carecen de su amparo, se trata asimismo de obras realizadas sin cobertura legal. Como apuntan Boix Reig y Juanatey Dorado bajo este último supuesto “se han cometido y pueden cometerse gravísimos atentados contra la ordenación del territorio”.

Así las cosas, puede ocurrir, en la práctica, que en el proceso penal tenga que dilucidarse si la construcción está amparada en la preceptiva autorización, e incluso, en ocasiones, tener que determinar cual sea ésta. Pensemos en el supuesto de que alguien aporta una autorización, pero ésta no es suficiente, o no es exactamente la que se precisaba para efectuar dicha construcción.

Pero el legislador considera que, además de llevar a cabo una construc-

ción, ésta debe ser en unos determinados lugares y sobre unos tipos determinados de suelo, para considerar la actuación delictiva. De ahí que no siempre que estemos ante una construcción no autorizada, deberá intervenir el Derecho penal, sino sólo cuando sea sobre unos suelos que tienen una especial relevancia y valor social. Cuales son estos suelos, pues, son “los 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”; todos ellos conceptos procedentes del Derecho administrativo, al que forzosamente se tendrá que acudir en múltiples ocasiones, para dilucidar las controversias que surjan sobre la concurrencia de los mismos. Por ejemplo, cuando se habla de “viales” o de “zonas verdes”, debemos entender que se está hablando de cualquier “vial” o “zona verde”, o sólo de los “viales” y “zonas verdes” de dominio público, entiendo que la correcta es ésta última interpretación, puesto que los viales y zonas verdes se citan antes, pero junto a los bienes de dominio público.

Por tanto, queda claro que el otro elemento del tipo, es el lugar, que implica que la construcción deba efectuarse en suelos que tengan una calificación determinada, que les puede venir a través de normas de diferente naturaleza y origen, constituyendo, por tanto, el elemento identificador del carácter de norma penal en blanco del artículo 319.

Breve análisis de los elementos normativos descritos en el artículo 319.1:

a) Suelos destinados a viales.

De entrada se ha de decir que la distinción entre suelo destinado a viales o bienes de dominio público es un tanto artificioso, dado que el artículo 339 del Código Civil califica los “caminos” como bienes de dominio público, y sobre todo porqué el artículo 81.2 de la Ley de Bases del Régimen Local establece que la aprobación definitiva de los planes de ordenación urbana y de los proyectos de obras y servicios produce automáticamente la alteración de la calificación jurídica de los bienes afectados.

El concepto de vial es un concepto estrictamente urbanístico, y como tal participará del caos normativo que en estos momentos sufre dicha rama del derecho público. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Marzo de 1997, ha derogado la práctica totalidad de la Ley del Suelo de 1992, y concretamente sus artículos 3.2. e), 68.2, 72 y 87 que hasta entonces nos suministraban algunos criterios para la definición del concepto de viales. El Tribunal Constitucional ha establecido la jurisprudencia de que el Estado no tiene competencias en materia de planeamiento urbanístico, lo que, a los efectos que aquí interesan, supone que la definición de lo que se entiende por vial corresponde al legislador autonómico; de otro lado el Tribunal

Constitucional deja sentado que, tras la Constitución, el Estado carece de competencias para dictar nueva legislación supletoria, sin perjuicio de que la legislación preconstitucional sí sirva como derecho supletorio, en base al artículo 150.3 de la Constitución.

Así las cosas el concepto urbanístico de vial debe, en estos momentos, obtenerse:

-Comunidades Autónomas con Ley del Suelo o legislación que regule el planeamiento: el concepto de vial se habrá de obtener de dicha legislación.

-Comunidades Autónomas sin Ley del Suelo que regule el planeamiento: como derecho supletorio se aplicará la Ley del Suelo de 9 de Abril de 1976, concretamente sus artículos 8, (planes Directores Territoriales), 12 (Planes Generales Municipales y su desarrollo en los planes parciales y proyectos de urbanización, artículos 13 y 15).

Con todo lo expuesto quizás lo importante sea destacar aquí el concepto del deber de cesión “obligatoria y gratuita” de los terrenos destinados a viales que existe en el proceso de gestión urbanística, artículo 46 del Reglamento de Gestión Urbanística.

Tampoco en el otro gran sector de viales, -las carreteras- está exento de los problemas de yuxtaposición entre legislación estatal y autonómica; de un lado las carreteras de titularidad estatal se registrarán por la Ley estatal de 29 de Julio de 1988, donde se contiene distintas definiciones (autopista, autovías, vías rápidas y carreteras convencionales) así como se regulan las denominadas zonas de afección y de servidumbre con importantes excepciones a régimen normal del propietario; de otro lado la práctica totalidad de las comunidades autónomas dispone de su propia legislación en materia de carreteras que se aplicarán, obviamente, a aquellos viales de titularidad autonómica.

b) Suelos destinados a zonas verdes

El concepto urbanístico de zona verde participa prácticamente de la totalidad de lo dicho respecto a los viales.

Tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Marzo de 1997 queda claro que corresponde al legislador autonómico fijar el criterio de zona verde. Incluso se ha declarado contrario a la Constitución el clásico criterio de que la superficie de las zonas verdes debía de ser, como mínimo de cinco metros cuadrados por habitante.

Por lo tanto el concepto de zona verde nos lo suministrará la legislación autonómica, y si no la hubiere actuará como legislación supletoria la legislación del Estado dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la

Constitución.

A los efectos penales que aquí interesan cumple destacar que debe utilizarse el concepto de zona verde en su sentido estricto, equivalente del tradicional de “parques y jardines” aludido en los artículos 25 y 26 de la Ley de Bases del Régimen Local, ello para diferenciarlo del concepto más amplio de “espacios libres” a que alude el artículo 49 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico y en el que se incluyen entre otras zonas deportivas, de recreo y de expansión.

c) Bienes de dominio público

Es en este apartado que dispone al menos de una definición clara del dominio en el artículo 339 del Código Civil, con la distinción entre bienes de dominio público por naturaleza y por destino, es decir estos últimos requeridos de acto administrativo de afectación.

El problema se puede plantar en cuanto nos encontremos ante bienes de dominio público por afectación y por tanto requeridos de acto administrativo expreso, en cuyo caso el tipo penal requerirá para su integración la prueba, no siempre fácil, de que el bien es de dominio público por destino, ya que en otro caso el in dubio pro reo nos conduciría a su catalogación, (al menos prejudicialmente), como bien patrimonial o “de propios”, y por ello excluido del tipo que examinamos.

Señalar finalmente que los bienes comunales, (pertenecientes a todos los vecinos), propios del régimen local, tienen la consideración legal de bienes de dominio público, (artículo 80 de la Ley de Bases de Régimen Local).

La protección penal de la indebida utilización del dominio público guarda relación con el tradicional carácter de dichos bienes de inalienables, inembargables e imprescriptibles.

d) 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.

Antes de entrar a considerar los componentes de esta amalgama conceptual conviene considerar el que el reconocimiento de su valor pueda ser legal o administrativamente, es decir por disposición general o por acto administrativo.

El primer problema en el aspecto legal es si una ley general puede ser tomada en consideración en el tipo delictivo que estudiamos. No habrá problemas cuando estemos ante los grandes parques nacionales, (Doñana, Isla de Cabrera, etc.) o incluso frente a leyes autonómicas como la Ley Balear de Espacios Naturales que en sus anexos define las zonas a las que afecta.

Ahora bien ¿qué sucede cuando estamos ante una ley general?; por ejemplo uno de los pocos artículos de la Ley del Suelo de 1992 que ha dejado vigente la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Marzo de 1997 es el 138 b) que establece que “en los lugares de paisaje abierto y natural sea rural o marítimo, o en las perspectivas que ofrezcan los conjuntos urbanos de características histórico artísticas, y típicos o tradicionales, y en las inmediaciones de carreteras y caminos de trayecto pintoresco, no se permitirá que la situación, masa, altura, de los edificios, muros y cierres, o la instalación de otros elementos, limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompa la armonía del paisaje o desfigure la perspectiva propia del mismo”.

Es la transcrita una norma urbanística de aplicación directa, y por ello de aplicación independiente de los instrumentos de planeamiento. De relativamente fácil de aplicar a la hora de otorgar licencias, a los efectos penales presentaría, de aplicarse, las dificultades de tener que definir lo que es un trayecto pintoresco, una ruptura de armonía o una desfiguración de la perspectiva, entre otros conceptos.

Ciñéndonos ya a los distintos componentes del nomenclátor cabe señalar:

Valor paisajístico: la defensa del paisaje se lleva a cabo bien por legislación autonómica, bien por el planeamiento, singularmente por planes especiales que pueden tener dicho objeto específico.

Valor ecológico: presenta alguna dificultad respecto del paisajístico, toda vez que entra en juego la defensa del medioambiente que es de competencia estatal, sin perjuicio de su desarrollo autonómico. Es de destacar la Ley estatal de 22 de Diciembre de 1972 y la legislación estatal y autonómica en materia de evaluación del impacto ambiental; asimismo varias directivas del Consejo de Europa inciden en la materia.

Un problema que puede plantearse se deriva del hecho de que la protección medioambiental se articula generalmente de modo negativo; así por ejemplo la decisión de la Comisión europea 86/479 de 18 de Septiembre de 1986 protege el medio ambiente en zonas especialmente amenazadas, (Mediterráneo), siendo técnica habitual en la legislación o actuar administrativo el declarar “zonas contaminadas” adoptándose medidas para la mejora medioambiental; en estos casos se actúa en base a un desvalor ecológico y no de un valor como habla el tipo.

Valores artísticos, históricos y culturales: no presentarán especial dificultad dado los términos de la legislación estatal de Patrimonio Histórico Español de 25 de Junio de 1985 y dentro de ella de su técnica de clasificación de bienes o de zonas. No obstante se ha de señalar que en esta

materia concurren en competencias y en régimen de igualdad el Estado y las Comunidades Autónomas pudiendo coexistir regímenes legales divergentes que, en algún caso pudieran beneficiar al presunto responsable.

El Artículo 319.2)

La acción típica consiste en llevar a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable.

Tres son las cuestiones que se plantean de la lectura del precepto: el concepto de edificación, el que la misma no sea autorizable y el que la misma se levante en suelo no urbanizable.

1) Es difícil, como apuntamos anteriormente, por no decir imposible, obtener del Derecho urbanístico un concepto claro y diáfano del concepto edificación, por lo que, quizás, convenga arrancar del concepto gramatical del término edificio: “obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos; como casa, templo, teatro, etc.” El término construcción, -utilizado en el apartado 1) del artículo 319, es como dijimos más amplio, ya que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua admite que construir es hacer de nueva planta una obra arquitectura o ingeniería.

La conclusión que alcanzamos es que el término edificación comprende tanto las viviendas como las que se destinen a otros usos análogos.

En cuanto a la frecuente infracción, (que normalmente antecede a la de construcción), la de apertura de caminos ilegales, no encuadra en el tipo que examinados, sin perjuicio de su posible encuadramiento en el término construcción del apartado 1) de dicho artículo, si concurren las circunstancias allí señaladas.

2) Además del apuntado contraste entre construcción y edificación de los apartados 1) y 2) del artículo 319 se apunta otra notoria diferencia: mientras en el apartado 1) la construcción es no autorizada, la referencia a la edificación que hace el apartado 2) en no autorizable; es decir en el primer apartado entra en el campo penal el incumplimiento de una obligación hasta cierto punto formal cual es solicitar licencia, en el segundo apartado el criterio es material: se ha de tratar de una edificación no autorizable.

El supuesto se plantea como algo más que una ley penal en blanco ya que una vez obtenido el imprescindible complemento normativo, (en el que habríamos de barajar legislación autonómica con planeamiento municipal), habrá de establecerse lo que no es más que una opinión iuris o interpretación del derecho, no siendo infrecuentes las discrepancias entre la administración y la jurisdicción contencioso administrativa, e incluso entre

las salas de lo Contencioso Administrativo.

Es más, casi siempre las licencias en suelo no urbanizable necesitan como requisito previo la declaración de “interés social”, normalmente autorizable por órganos de la administración autonómica, y que suele tener el carácter de “acto discrecional”; es decir que no se trata ya de un concepto jurídico indeterminado sino de pura discrecionalidad en la que, mientras se persiga el interés público, serían válidas en derecho tanto su otorgamiento como su denegación; es decir que el derecho legitimaría el posicionamiento político frente a la cuestión.

3) El último de los puntos señalados supone dejar fijado el concepto “el suelo no urbanizable”. Tampoco ese tercer punto se salva de la marejada que azota en la actualidad el Derecho Urbanístico; la única norma que el Tribunal Constitucional mantiene en vigor de la Ley del Suelo, texto refundido de 1992 en su artículo 9 en cuanto obliga o faculta al planeamiento para que exista suelo urbano, urbanizable y no urbanizable. Ha sido derogado el artículo 12 de dicha Ley que definía qué constituía suelo no urbanizable.

Desde que la Ley del Suelo de 1976 terminó con el concepto jurídico de suelo “rústico”, imponiendo el término “no urbanizable” estamos ante un concepto negativo todo aquel suelo que no sea urbano o que sea susceptible de ser urbano será no urbanizable.

Ya la reforma urbanística operada mediante Ley 7/97 de 14 de Abril, (y en clara contradicción con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Marzo de 1997, que establece que la competencia para ello es autonómica) ha suprimido la categoría de suelo urbanizable no programado que tradicionalmente se asociaba al suelo no programado, interin no se produjera tal programación, vía planeamiento, categoría también expresamente suprimida por la Ley 6/98, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones que en el artículo 7 clasifica el suelo en urbano, urbanizable y no urbanizable o clases equivalentes reguladas por la legislación urbanística.

En cualquier caso recordar que tal calificación derivará siempre del planeamiento urbanístico, siendo figuras idóneas para tal definición, los planes generales, las delimitaciones de suelo urbano, las normas subsidiarias de planeamiento y los planes especiales; si bien será la legislación autonómica la que defina los instrumentos idóneos al efecto, siendo criterio común la distinción entre un suelo rústico especialmente protegido, que caería en el ámbito del apartado 1) del artículo 319 del Código Penal, y un suelo rústico ordinario o residual que sería aquel sustraído del proceso urbanizador.

Por último, cuestión que me parece de sumo interés, es la de saber si

comete la conducta descrita en este apartado 2º del artículo 319, quien realiza una edificación no autorizable en suelo no urbanizable y durante la tramitación del correspondiente proceso penal, se cambiase la calificación urbanística y lo que antes no fuese autorizable o urbanizable pasase a serlo.

A mi entender, la conducta dejará de ser típica y ello corrobora y refuerza la primacía de la normativa administrativa en estos delitos.

La demolición potestativa

El párrafo tercero del artículo 319 establece: “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”.

La utilización del término “podrán” nos conduce a la afirmación de que estamos ante una medida de carácter potestativo -que puede o no acordarse- y que de hacerlo, y ello sea tal vez el extremo mas importante, deberá fundamentarse, “motivarse” en palabras del legislador, quiere ello decir que no es suficiente el relato de hechos y su fundamentación jurídica que se realice en la Sentencia sino que deberá contener expresamente los razonamientos en virtud de los cuales se adopta esta medida.

El antecedente de esta medida lo encontramos en la Ley del Suelo de 1992 como en el Texto Refundido de 1976 que prevean la demolición de las obras, previa instrucción del expediente correspondiente, cuando resultan ilegalizables.

En opinión de Morales y Tamarit “Se trata de una consecuencia del delito de naturaleza civil, que forma parte del contenido de la reparación”.

Pensamos que tal medida, no es la adecuada ya que en ocasiones resultará insuficiente; creemos que la demolición de la construcción o edificación, debería completarse con la restitución del suelo a como estaba antes de llevarse a cabo las obras.

Autoría y participación.

En los primeros momentos de tipificación del delito existieron posturas encontradas sobre si “los constructores” tenían que serlo de profesión o era cualquier persona que construyera aun cuando fuese ocasionalmente; ello nacio debido que el delito además de la pena privativa de libertad y multa lleva aparejada inhabilitación especial para la profesión; ello hizo pues que plantease dudas el particular constructor ocasional cuya profesión nada tenía que ver con la construcción. Así una Sentencia de un Juzgado de lo

Penal como la de 17 de Noviembre de 1997 del Juzgado de lo Penal número Seis de Palma de Mallorca absolvió a un constructor que había realizado una conducta típica de un delito contra la ordenación del territorio por considerar el Juzgador que al decir el Código Penal “constructor” le hacía en un sentido estrictamente profesional, excluyendo del ámbito punitivo a los meros particulares. Sin embargo posteriormente se cambió de criterio y a partir de la Sentencia de 17 de Marzo de 1998 de la Audiencia Provincial de Palencia se considero que “constructor” es aquella persona que materialmente ejecuta la construcción aportando al efecto su trabajo y en ocasiones también los materiales añadiendo “que para ser constructor no se necesita tener una cualidad distinta de la que carezcan otras personas, salvo la de conocer las técnicas y habilidades propias de la construcción”. En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 29 de Abril de 2000.

Son autores de la conducta descrita en el precepto que comentamos “los promotores, constructores o técnicos-directores”.

Entendemos que tras la nueva redacción de la autoría en el artículo 28 del Código Penal podrá darse la autoría inmediata en aquellos casos en que unos u otros lleven a cabo por si mismo el delito, de modo que, como señala Quintero “su propia conducta física sea la que cumple el correspondiente tipo legal”.

Sin embargo, lo frecuente en este tipo de delitos, será que se dé la realización conjunta, ya que es difícil imaginar un promotor, sin un constructor o viceversa, sin además la presencia de un técnico-director.

Con todo, estamos ante un delito especial, a mi juicio, propio, ya que tal conducta no está penada, si la realizan otros sujetos, pero además es difícil imaginar que algún otro sujeto fuera de los descritos pueda lesionar el bien jurídico y pueda quedar fuera del ámbito de la punición, pues el dueño o persona que lo financie será siempre el promotor, el constructor coincidirá o no con la persona del promotor, y los técnicos-directores lo serán de la dirección de la obra; no existen a primera vista otras personas, capaces de intervenir como autores.

Pero en el mencionado artículo 28 del texto punitivo, también considera autor a los partícipes, es decir a los cooperadores necesarios y a los inductores.

Un sector Doctrinal ha considerado siempre al cooperador necesario como partícipe, en base a las teorías objetivo-formales, subjetivas o consideraciones doctrinales derivadas de la teoría del dominio del hecho. Esa doctrina es mayoritaria y ha venido considerando que la cooperación

necesaria es una forma de participación, una contribución y responsabilidad accesoria del hecho ajeno y del autor principal.

Para otros autores, el cooperador necesario siempre es coautor, ese sector minoritario ha considerado, que la cooperación necesaria era una forma de coautoría, en sentido estricto y por tanto no sometida a la regla de accesoriadad; las tesis objetivo materiales y la interpretación restrictiva del artículo 28, último párrafo avalaban ésta posición.

Finalmente, un importante sector de la Doctrina entiende que el cooperador necesario, es a veces coautor y en ocasiones partícipe, y lo hace sobre la base de la teoría del dominio del hecho.

Los inductores, son aquellos que hacen nacer en otro la idea criminal, de manera directa y eficaz y los cooperadores necesarios, en una primera aproximación podría decirse de una forma neutra, que su posición se encuentra a caballo entre la autoría y la complicidad.

Entendemos con Quintero que “la única diferencia real, en los delitos especiales, es que el partícipe no cualificado nunca hubiera podido ser autor principal, lo que no ocurre en los delitos comunes, pero no por eso varía el fundamento del castigo”.

Por último, debemos plantearnos, si cabe o no, en este delito contra la ordenación del territorio otras formas de participación, cual es, la cooperación no necesaria o complicidad. Recordemos -aunque aquí no sea objeto de nuestro estudio- que la línea divisoria entre la cooperación necesaria y la no necesaria o complicidad debemos encontrarla en que el cooperador necesario tiene una intervención directa en el delito, siendo la causa eficiente y necesaria del mismo, sin la cual el resultado no se hubiese producido, por eso, merece el mismo castigo que el autor real. Por el contrario, el simple cómplice, interviene indirectamente con actos accesorios y de menor importancia objetiva que favorecen la realización del hecho, pero sin los cuales el resultado igualmente se hubiese producido, mereciendo en consecuencia, menor castigo que el autor.

Hecha esta puntualización, parece posible que dentro del tipo de injusto del artículo 319, serán admisibles conductas auxiliares que coadyuven a las construcciones no autorizadas en los suelos que se describen o a las edificaciones no autorizables en suelos no urbanizables, pensemos, en suministradores de materiales, etc..

Iter criminis

Caben formas imperfectas de ejecución, concretamente, la tentativa

inacabada; pues en este tipo de delitos, es difícil imaginar la tentativa acabada, ya que si se realizan todos los actos tendentes a la consecución del resultado -construcción o edificación-, estamos ante la consumación del delito.

De conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Código Penal, quien dé principio a la ejecución de la conducta típica y realice parte de los actos, que objetivamente deberían producir el resultado comete tentativa inacabada. Ello es perfectamente imaginable en el delito de ordenación del territorio del artículo 319 n° 1 y 2, pues los términos llevar a cabo una construcción o una edificación, ponen de relieve que estamos ante un delito de resultado; y en consecuencia, quienes iniciaran realmente las obras para una futura construcción o edificación de las referidas en el artículo 319, 1° y 2° y a los pocos días fuesen descubiertos por la autoridad administrativa y se les paralizase la obra, ningún inconveniente existe para que nos hallemos ante la forma imperfecta de ejecución aludida.

Sin embargo, para ello, se requerirá que se dé principio a la ejecución de la obra destinada a construcción o edificación incluso en sus primeros momentos, tales como, la realización de excavaciones previas a la cimentación; por el contrario, sería una conducta que quedaría fuera del ámbito de la tentativa, por no ser más que actos preparatorios, el acopio de materiales o maquinaria en el lugar de la futura construcción ilegal.

Prescripción

La prescripción es una institución cargada de controversia.

Para unos carece de fundamento y se considera que representa un premio a la habilidad y a la astucia; otros, tratan de fundamentarla en diversas teorías.

Pero la realidad, es que se trata de un límite al *ius puniendi* del Estado; se ha dicho, que si su naturaleza es de carácter material extinguirá la punibilidad; pero si por el contrario, se estima que es procesal, lo que se extingue es la perseguibilidad.

Pero centrandó la cuestión, a las conductas descritas en el artículo 319 éstas prescriben según lo establecido en el artículo 131 del Código Penal a los tres años, pero dado que estamos ante una Ley penal en blanco, el artículo 263 de la Ley del Suelo de 1992 establece que las infracciones graves prescriben a los cuatro años. Por consiguiente, se produce una discrepancia entre la prescripción del delito por la pena que éste lleva aparejada y la prescripción de la infracción urbanística, que en este caso es de plazo superior.

Entendemos, que sería inútil plantear la cuestión de si cabe perseguir o no, por la vía penal una infracción urbanística grave ya prescrita de las descritas en el artículo 319 párrafo 1º ó 2º, ya que, por lo dicho anteriormente el delito habrá ya prescrito.

Tipo subjetivo.

En este primer precepto que analizamos de los delitos contra la Ordenación del Territorio son única y exclusivamente punibles las conductas que se lleven a cabo con dolo, directo o eventual.

El elemento cognoscitivo estará integrado por el conocimiento de los elementos del tipo; y concretamente por los elementos normativos, que hay que buscar en la Ley del Suelo, es decir, los términos autorizado o autorizable o urbanizable o no urbanizable.

Pero cabe la posibilidad de apreciar error de tipo, en aquellos casos en que los sujetos tengan un conocimiento equivocado, de los elementos normativos citados, y en tales impuestos, aún cuando el error sea vencible, la conducta será impune al no preverse el tipo imprudente.

Pero si considerásemos que tal error, no es de tipo sino de prohibición al amparo de la nueva redacción que al mismo ha dado el nuevo Código Penal en el artículo 14.3, tal conducta aún cuando se aplicase la pena inferior en uno o dos grados sería punible.

Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

No parece posible la apreciación de circunstancias agravantes en las conductas que se incardinan en los dos primeros apartados del artículo 319, salvo la de reincidencia. Con todo, especial consideración merece la circunstancia agravatoria de precio recogida en el artículo 22.3 “ejecutar el hecho mediante precio”; debemos concluir rechazando tal posibilidad, por considerarla incluida en el tipo ya que los sujetos activos, concretamente los constructores y técnicos-directores, habrán contratado sus servicios, lógicamente con la estipulación de un precio.

Análisis del artículo 320

Responsabilidad penal de las Autoridades y Funcionarios Municipales sobre la ordenación del territorio

El nuevo tipo penal del artículo 320 tiene un doble desvalor: el que se

deriva de la lesión al bien jurídico protegido, en este caso la ordenación del territorio y por otro lado la lesión del correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Siguiendo a Prats Canut en el trabajo citado, en cuanto a las decisiones administrativas por parte de la autoridad si tienen contenido político deberían existir mecanismos específicos de reparación, si son abusivas para el administrador, pero intentando evitar la judicialización de estas actuaciones. “Por ello, sin descartarla en este terreno, la intervención jurídico-penal como instrumento de corrección-sanción, debería tener una escasa presencia”. Se respetaría así el carácter del Derecho Penal como “ultima ratio”.

Los sujetos activos del artículo 320, son la autoridad o funcionario público. Tales conceptos, como es sabido, vienen recogidos en el artículo 24 del Código Penal; tal precepto contiene conceptos normativos o como manifiesta del Toro Marzal “El artículo 24 contiene presunciones iuris et de iure: siempre que un individuo tuviere mando, ejerciere jurisdicción propia o perteneciere al Ministerio Fiscal, es autoridad; siempre que alguien participare del ejercicio de funciones públicas por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente, es funcionario público; todo ello únicamente a efectos penales”.

Por lo demás, debe manifestarse que autoridad y funcionario tienen aspectos comunes. Pues como señala del Toro Marzal “es inadmisibles una condición de autoridad no dirigida a ejercitar funciones públicas y sumamente difícil la de un funcionario que no despliegue cierta capacidad de ordenación”.

Como señala Prats Canut aunque se refiere a materia medio ambiental -es extrapolable a la ordenación del territorio- la responsabilidad penal de la autoridad o funcionario.

Al margen del precepto que comentamos, podrá existir responsabilidad penal para aquellos funcionarios o autoridades que, advirtiendo la posible comisión de un delito contra la ordenación del territorio no lo pusieren en conocimiento de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal. Tal conducta esta contemplada en el Título XIX –Delitos contra la Administración Pública- Capítulo II -De la omisión del deber de perseguir delitos- concretamente en el artículo 408. Se trata de un delito de omisión propia, doloso –“autoridad o funcionario que faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables”–, como es de ver, tal precepto se corresponde en buena medida al anterior artículo 359 entonces ubicado dentro de la prevaricación.

El concepto de funcionario en derecho penal español

Nuestro Código Penal, sostiene un concepto amplio de Funcionario según se recoge en el artículo 24, antiguo artículo 119 “el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participa de funciones públicas”.

Para Prats Canut “la condición de funcionario para el Derecho Penal, nace de un doble requisito: El origen del mandato y el contenido de la actividad que una persona desarrolla, lo cual le dota de unos perfiles específicos que lo diferencia del concepto propio del Derecho administrativo de funcionario. El Tribunal Supremo ha entendido que los conceptos penales en ningún caso son tributarios de los conceptos propios del derecho administrativo, por el hecho de que son dos campos del ordenamiento jurídico independiente y que persiguen fines diferentes. Este planteamiento ha permitido englobar penalmente dentro del concepto de funcionario público a todos los que desempeñan una tarea o función pública”.

Para este autor “esta construcción legal y doctrinal pone de manifiesto que a efectos de derecho penal alcaldes y concejales actúan como funcionarios. Si bien la jurisprudencia ha reconocido que funcionario y autoridad no son términos coincidentes, toda vez que el término funcionario es más amplio que el de autoridad, pues comprende todos aquellos que participan del ejercicio de funciones públicas, se halle o no investidos de autoridad. Por tanto todos aquellos que participan de la administración local, ya por elección, alcaldes o concejales o por designación tienen la condición de funcionarios”.

Leyes penales en blanco

La expresión utilizada por el legislador en el artículo 320 “contrarias a las normas urbanísticas vigentes” hace que estemos ante una norma penal en blanco, al igual que ocurre con el artículo 319.

Según el artículo 81.1 de la Constitución Española “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas”. Parece claro que si las normas penales están íntimamente relacionadas con el derecho a la libertad, deben estar reguladas mediante Ley Orgánica. Las normas penales son garantía y desarrollo del derecho a la libertad en el sentido del artículo 81.1 de la Constitución Española por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad.

Cualquier modificación o derogación de alguna de las normas penales del actual Código necesita de Ley Orgánica.

Sin embargo, este tipo de leyes penales pueden poner en peligro el principio de legalidad.

Son aquellas que hacen remisiones a normas que no tienen el rango de orgánicas.

Por tanto estas remisiones se pueden dar hacia leyes ordinarias o sobre reglamentos tanto autonómicos como estatales.

El legislador español efectúa una remisión indiferenciada a las leyes y reglamentos.

Cabría pues definir las leyes penales en blanco como aquellas que remiten a normas no penales.

Hemos de definir la ley penal en blanco como aquellas que en el tipo de injusto, remiten a la infracción de una norma jurídica extrapenal que no tiene el carácter de ley Orgánica..

Lo que está claro es que el Derecho Penal ha de conseguir una descripción objetiva lo más exacta posible de la materia de prohibición.

Autores como Cobo del Rosal entienden la reserva de Ley Orgánica de una manera absoluta para la totalidad de la norma penal y así ven a la ley penal en blanco un ataque a esta exigencia.

En el polo opuesto Rodríguez Ramos entiende que no hay contradicción alguna entre la reserva de Ley Orgánica y la admisión de leyes penales en blanco porque consiguen certeza y seguridad jurídicas en tipos penales determinados (como puede ser el delito ecológico).

El Tribunal Constitucional en la STC de 15 de Octubre de 1982 establece que a la hora de legislar leyes penales en blanco y con el fin de preservar el principio de legalidad “para conseguir la finalidad protectora del Derecho Penal, debe hacer el máximo esfuerzo para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos”.

Parece ser que el Tribunal Constitucional ha adoptado la tesis de la esencialidad: han de quedar suficientemente determinados los elementos de la conducta antijurídica en la propia ley, permitiéndose la remisión a normas inferiores como técnica complementaria indispensable. Por todas STC 3/1988 de 21 de Enero.

Es a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/90 donde se plantea y resuelve de manera directa la problemática sobre la constitucionalidad de las leyes penales en blanco que dentro de la Doctrina había dado lugar, como hemos visto, a distintos posicionamientos.

En la mencionada Sentencia se pone de manifiesto que la ley penal en

blanco será constitucional “siempre que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando así salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”.

Esta suficiente concreción se satisface en la norma penal siempre que según estas Sentencias se cumpla con lo siguiente: el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, que la ley señale la pena y contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza. Esta STC se complementa con la STC 118/1992.

De lo expuesto está fuera de toda duda que no supone quebrantamiento al principio de legalidad la utilización de las leyes penales en blanco en que concurren las prescripciones apuntadas por el Tribunal Constitucional.

El artículo 149.1.1. de la Constitución Española proclama que el Estado tiene competencia exclusiva para legislar en materia penal. Las Comunidades Autonomas no pueden legislar normas penales. Pero hay materias que son objeto de legislación exclusiva o concurrente con el Estado (medio ambiente, ordenación del territorio) por parte de las Comunidades Autónomas. En este caso se debe armonizar entre la competencia penal directa del Estado y la competencia sobre aspectos concretos, sobre las que puede versar la ley penal. El problema es que el tipo penal remite a una regulación autonómica, pudiendo resultar que una determinada conducta sea punible en una CA y en otra no. La consecuencia inmediata que extraemos es que esto puede suponer un ataque al principio de igualdad proclamado en la Constitución Española.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado reiteradamente sobre esta cuestión afirmando que el principio de igualdad supone precisamente dar tratamiento distinto a situaciones distintas. Como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de Diciembre 1337/95: “El principio de igualdad de todos ante la ley es uno de los valores superiores informadores de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1 C. E.), reconociendo además como uno de los derechos fundamentales de la persona (art. 14 C. E.), que ha de ser interpretado de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre la materia, ratificados por España (art. 10.2 C. E.). Mas ha de ponerse de manifiesto que la igualdad es, como tal, una abstracción y carece de contenido si no es puesta en conexión con personas, cosas y relaciones entre unas y otras; es una noción neutra, nítida en el ámbito de la lógica, pero ambigua e indeterminada en el plano de la vida social. La

vulneración de principio de igualdad ante la ley requiere la presencia de dos presupuestos esenciales: la aportación de un término de comparación que acredita la igualdad de supuestos y que se trate de un cambio de criterio inmotivado o con motivación irrazonable o arbitraria (SS.T.C. 62/87, de 20-5; 9/89, de 23-1; y 68/89, de 19-4). Lo que en definitiva prohíbe este principio son las diferencias de trato que no estén objetivamente justificadas por el fin lícito de la norma (STC. 70/91, de 8-4)”.

En este sentido Carbonell Mateu afirma que “no es contrario al principio de igualdad, sino su afirmación, contemplar la distinta significación de las conductas iguales en distintas zonas del territorio y tratar de manera desigual a lo que tiene significación distinta”.

En consecuencia, no se vulnera el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española con la remisión a Leyes o Reglamentos autonómicos ya que estos se referiran a la protección de bienes jurídicos necesitados de esa protección en la CCAA de referencia, vgr. los atterramientos en aquellas CCAA en que se hagan desaparecer o empequeñecer lagunas o albuferas, la pesca de determinadas especies propias de una Comunidad en que estén en vías de extinción.

Remisión a la Prevaricación

En el tipo descrito en el artículo 320 se regulan formas de prevaricación agravadas; pues por una parte remite a la pena del artículo 404, prevaricación de funcionario público, que sanciona con la pena de inhabilitación para cargo público de 7 a 10 años y por otra alude a la pena de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 12 a 24 meses.

Como sostiene Bernal Valls la terminología usada por la Doctrina de “Prevaricación administrativa”, es cuanto menos discutible, en lo concerniente al párrafo 1º del artículo 320; por cuanto la idea de prevaricación en sus distintas modalidades está basada en el pronunciamiento de resoluciones, y ello, no se produce en el mentado párrafo 1º y sí únicamente en el 2º, al referirse a “resuelto o votado”.

La razón de tal agravación, tiene su fundamento a mi juicio, en que el bien jurídico que la norma penal tutela es doble; por una parte, la pureza de la función pública en estos delitos y por otra, la ordenación del territorio. Para Vercher Noguera “desde esta perspectiva dual, este segundo bien jurídico protegido pudiera considerarse una especialidad del primero”.

La redacción del precepto es la clásica de los delitos de prevaricación “a sabiendas de su injusticia”, con toda la problemática que tal expresión ha suscitado y que ha resultado insatisfactoria; por lo que como el legislador

optó por sustituirla por arbitraria, expresión de significación más precisa; así el Diccionario de la Real Academia ha definido la palabra arbitrariedad como “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho”. Lo que significa que no tiene amparo en una norma jurídica.

En cualquier caso, esta técnica de remisión a otros preceptos, y además la imposición de una pena, en este caso alternativa no es frecuente en el nuevo Código Penal. Pues la remisión del artículo 380 al 556 es diferente.

Conducta Típica

La acción consiste en informar favorablemente bien proyectos de edificación o la concesión de licencias; sabido es que unos y otros deben ir precedidos de informes técnicos y jurídicos que aunque no sean vinculantes tienen un peso específico en las decisiones administrativas que por fin se alcancen.

Dichos informes favorables deben ser contrarios “a las normas urbanísticas vigentes”; de lo que, a sensu contrario, se desprende que serán atípicas aquellas conductas que consistan en informes desfavorables sobre proyectos o concesiones de licencias que se ajusten a las normas urbanísticas vigentes.

Llama la atención que por primera vez en el Código Penal de 1995 se criminalizan estas nuevas modalidades de conducta consistentes en la emisión de informes, hasta ahora impunes ya que no podían incardinarse en las formas de prevaricación del artículo 404 -antiguo artículo 358- pues en estos se requería que expresamente se dictase una resolución.

A nuestro juicio la razón de la nueva punición radica en que de hecho, en la praxis de la administración, normalmente las autoridades o funcionarios –carácter que como hemos dicho, ostentan los alcaldes– carecen de conocimientos técnicos específicos y se apoyan en tales dictámenes que les sirven en buena medida para dictar la correspondiente resolución; apoyo que además les servirá para tratar de eludir su responsabilidad en el supuesto de haber dictado resoluciones contrarias a la legalidad vigente amparándose en tales informes.

El tipo de injusto que comentamos, exige además un requisito de carácter subjetivo, “a sabiendas de su injusticia” del que haremos una breve referencia al tratar del tipo subjetivo.

Siguiendo el parecer de Narvaez Rodriguez, entendemos que los términos “contrarios a las normas urbanísticas vigentes” plantea la cuestión de si se refiere a cualquiera, graves o leves, o solo a las primeras; aún cuando una interpretación gramatical permitiría englobar a ambas, dentro del tipo de

injusto que comentamos, lo cierto es que en base al principio de intervención mínima de Derecho Penal y a otros preceptos de la legislación Administrativa, nos llevan a la conclusión de que única y exclusivamente se refiere a las infracciones graves; de tal forma que el artículo 264.2 de la Ley del Suelo y 57.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística al referirse a las responsabilidades de la Administración por informes de sus facultativos, las limitan a las manifiestamente graves, por lo que si el Derecho Penal sanciona los comportamientos mas intolerables, no tendría sentido que se refiera a las leves.

Finalmente, la ratio essendi del precepto como manifiesta Vercher, entre otras es la evitación de la atipicidad de la conducta del artículo 319 cuando en aquel se hubiere producido la autorización pertinente. En tal caso, “se intenta que la Administración quede exenta de responsabilidad”.

Sujeto Activo

Según se desprende del precepto objeto de comentario, son sujetos activos del tipo las Autoridades o Funcionarios públicos que actúen en el ejercicio de su cargo y respecto a informes favorables, a proyectos de edificación o concesión de licencias ilegales.

Estamos en presencia de un delito especial propio pues no tienen ninguna correspondencia con un delito común.

Aun cuando el tipo se refiera a autoridades y a funcionarios lo cierto es que quienes emiten informes son estos últimos ya que las autoridades –los concejales en el ámbito local donde en la mayoría de ocasiones se otorgan las licencias urbanísticas– normalmente formulan propuestas de resolución a resolver por los órganos colegiados. A mi juicio, la razón de la inclusión del término “autoridad” en este precepto obedece a que no pudiesen quedar impunes dichas conductas si se llevaran a cabo por persona que su situación se hallare en estas zonas imprecisas entre funcionario y autoridad anteriormente apuntadas.

El problema que se plantea, ya apuntado por diversos autores como Vercher Noguera es la impunidad de los asesores externos en los que no concurre la condición de funcionarios y que en ocasiones contratan las administraciones públicas emitiendo informes a veces decisivos.

Especial interés, plantea el saber si los facultativos de los colegios de Arquitectos o Arquitectos Técnicos, encargados de los Visados puedan ser sujeto activo de este delito; cuestión esta que ha sido tratada magistralmente por Narvaez Rodriguez, en su trabajo de continua referencia y a cuyo contenido a continuación nos ceñiremos.

Mantiene este autor que conforme establece la legislación vigente a tales facultativos se les confiere la potestad de denegar el visado en aquellos

casos en que fuera apreciado un grave incumplimiento de la legislación urbanística.

Por otra parte, los colegios profesionales son “corporaciones de derecho público amparados por la Ley y reconocidos por el Estado con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines; éstos son la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de los profesionales y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados”.

Los colegios profesionales sin embargo, no son administraciones públicas en sentido estricto; sino sólo en la medida en que desempeñan funciones públicas atribuidas por la Ley o por delegación mediante actos concretos.

El Visado colegial, según establece el artículo 242 apartado 7º de la Ley del Suelo supone un control de legalidad urbanística, mediante un previo estudio de los proyectos que le son sometidos por los colegiados, por si son conformes a la legalidad vigente. En consecuencia la función que cumplen los Colegios con el visado, es de servir de instrumento preventivo y auxiliar de la disciplina urbanística de los Municipios, sin que ello suponga en ningún momento, la sustracción del control urbanístico que ha de venir representado por el acto formal de la concesión de la licencia; su función es velar para que los colegiados que someten sus proyectos cumplan con la normativa urbanística vigente.

El visado es un informe subalterno de la Administración Municipal, que debe considerarse advertida de la posible existencia de infracciones de la legislación urbanística aplicables al conceder o denegar la licencia; pero no supone la supervisión definitiva y sustitutoria de la municipal por parte del técnico firmante, sino simplemente la indicada visión auxiliar completada con la estimación de las especificaciones técnicas exigibles que permiten determinar y concretar las responsabilidades de dicho técnico. La falta de visado es únicamente causa de anulabilidad en la vía administrativa. Algunas Comunidades Autónomas la han suprimido para la concesión de licencias urbanísticas.

Por ello, los facultativos encargados del visado no son ni autoridad ni funcionarios públicos, y sus actos están más encaminados a controlar la actuación profesional que a la supervisión y observación de la legalidad urbanística aunque indirectamente contribuyan a ello; por tales razones deben obviamente quedar fuera de los posibles sujetos activos del artículo 320.

Tipo subjetivo

El tipo es doloso, pues para él no está previsto, conforme a lo establecido en el artículo 12 del Código Penal la forma imprudente. Entendemos que el elemento consgnocitivo estará integrado por el conocimiento previo de la

ilegalidad urbanística y el volitivo, por la voluntad de informar favorablemente, lo que en tales circunstancias dará lugar a la concesión de una licencia urbanística.

La expresión “a sabiendas” se refiere únicamente al dolo directo. Debe descartarse el dolo eventual por tanto, no resultan incardinables dentro del tipo penal los supuestos en que al funcionario, sin estar seguro de la ilegalidad de su informe, se le plantean dudas razonables que le hacen estimar como probable su error y pese a ello no se abstiene de emitirlo favorablemente.

Tampoco sería de aplicación el error, tanto vencible como invencible.

Formas de ejecución

La expresión “informar favorablemente proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes” nos indica claramente que estamos ante un delito de mera actividad, pues no precisa que se produzcan ningún desvalor de resultado; en consecuencia, el delito se consume con la mera emisión del informe favorable, siendo contrario a las normas vigentes. Y ello aún cuando la autoridad o funcionario que deban dictar la resolución hagan caso omiso del mencionado informe y resuelvan en sentido contrario. Por lo que de igual forma, la concesión de la licencia sería asimismo una cuestión irrelevante al no ser exigida por el tipo de injusto.

Para Narvaez si la obra no se llega a realizar estaríamos ante actos preparatorios y por tanto impunes; mientras que si se llegan a realizar o se estuvieran realizando nos hallamos ante un delito consumado.

Para Bernal “La exigencia de que haya llegado a concederse la autorización en el expediente en que se emitió el informe constituye un requisito implícito en el tipo. Así resulta de considerar, de una parte, el hecho de que la concesión de la licencia se sancione con la misma pena que la emisión del informe favorable, que se justifica por la relevancia del informe favorable”.

Conducta Típica - artículo 320.2-

En el artículo 320 n° 2 la conducta típica la hallamos en los verbos resolver o votar. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, por resolver debemos entender “tomar determinación fija y decisiva”, y por votar, “dar uno su voto o decir su dictamen en una reunión o cuerpo deliberante...” Por consiguiente, parece ser que la expresión resolver, irá referida en la mayoría de ocasiones a cuando el funcionario o autoridad actué por sí mismo, sin embargo en ocasiones, nos encontramos con resoluciones de carácter colegiado; mientras, que el término votado, irá ligado a cuando el

sujeto activo actué como miembro de un organismo colegiado. En este último caso, para que se dé el presupuesto recogido en el tipo bastará con votar -a favor de la concesión a sabiendas de su injusticia-, aún cuando la tesis mantenida en la votación no prospere; por lo tanto, en un Consistorio Municipal podrá llevarse a cabo la conducta típica tanto por quien esté en el Gobierno, como en la oposición. En consecuencia, se trata de un comportamiento llevado a cabo por personas que tengan competencias ejecutivas sobre los proyectos de edificación o las licencias urbanísticas y no como ocurre en el párrafo primero en quienes tengan funciones meramente consultivas.

Es de observar, como señala Castro Bobillo que en la conducta descrita en el 320.2 sólo se hace referencia a la “concesión de licencias” y en cambio nada se dice acerca de los proyectos de edificación.

De la redacción del precepto resolver o votar a favor de su concesión se desprende claramente que las abstenciones o los votos nulos o en blanco, son conductas atípicas, aún cuando se tenga la certeza que con tal actitud se favorezca la concesión de proyectos de edificación y licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes.

Ello significa, tal y como hemos dicho, al comentar el primer supuesto de este artículo que nos encontramos ante un delito de mera actividad.

Sujeto Activo

Se trata de un delito especial, ya que sólo pueden ser sujeto activo, la Autoridad o el Funcionario Público, en el ejercicio de su cargo y con competencia ejecutiva en materia urbanística.

De conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código Penal son imaginables otras formas de participación, tales como la inducción o la cooperación necesaria y en tales casos al partícipe se le consideraría autor en base a la unidad del título de imputación.

Tipo Subjetivo

Al igual que ocurre en el párrafo primero y por las mismas razones sólo cabe la comisión dolosa; y concretamente el dolo directo.

Cuestiones prejudiciales

El planeamiento de la cuestión, debe centrarse en si los Tribunales de lo Penal pueden en los delitos relativos a la ordenación del territorio, entrar a valorar las conductas de los posibles implicados, sin al mismo tiempo o con carácter previo analizar con profundidad la normativa administrativa.

Como ha señalado Benal Valls en los supuestos de tipos penales que remiten a normas de carácter administrativo y en casos como en el presente, a la legislación urbanística, para esclarecer, si se ha llevado a cabo o no, una conducta delictiva, será imprescindible averiguar con anterioridad a una posible condena o absolución en la vía penal, si se dan los presupuestos para considerar vulnerados la normativa recogida en las Leyes Administrativas.

Para ello, -apunta este autor- la solución será acudir al artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere a las “cuestiones prejudiciales”.

Pone de manifiesto Bernal Valls que “La doctrina del Tribunal Constitucional admite la legitimidad constitucional de las cuestiones prejudiciales, y, en particular de las cuestiones prejudiciales devolutivas absolutas a que se refiere el artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el ámbito de la prevaricación administrativa, la Sentencia del Tribunal Constitucional 47/1995, señala la conveniencia, y aún necesidad, de que el pronunciamiento sobre la ilicitud por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa se erija en cuestión prejudicial devolutiva si la cuestión planteada reviste especial complejidad. En la misma línea, el Tribunal Supremo ha admitido el planeamiento de la cuestión prejudicial en casos en los que se de una conexión entre materias penales y otras ramas jurídicas que necesariamente hayan de ser resueltas con carácter previo. La valoración de una construcción como no autorizable dado el margen de discrecionalidad que la ley concede a la Administración, y el concepto mismo de resolución injusta pueden verse como cuestiones prejudiciales absolutamente devolutivas, deferidas por tanto a la jurisdicción contencioso-administrativa”.

En opinión de López Ramón que no difiere en gran medida del argumento anterior en los delitos relativos a la ordenación del territorio, los tipos penales hacen constantes referencias a cuestiones administrativas, así en el artículo 319: “construcción no autorizada”, “zonas verdes”, “bienes de dominio público”, “edificaciones no autorizables”, “suelo no urbanizable” y en artículo 320: “informes favorables en proyectos de edificación” o “concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes”, etc.

Todas estas cuestiones, a su juicio, deberán resolverse asimismo al amparo de lo establecido en el artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como cuestión prejudicial, y sólo después, una vez despejada la incógnita, los Magistrados de lo Penal podrán dictar sus pronunciamientos de culpabilidad o de inocencia.