

Grupo de Investigación

Eumed.net

Universidad de Málaga

Las infracciones urbanísticas de carácter penal

Cuestiones relacionadas con su tipicidad y su ejecución en caso de condena. Análisis jurisprudencial.

Francisco Javier Izquierdo Carbonero

Las infracciones urbanísticas de carácter penal

Cuestiones relacionadas con su tipicidad y su ejecución en caso de condena. Análisis jurisprudencial.

Francisco Javier Izquierdo Carbonero.
Cuerpo Superior Jurídico de Secretarios Judiciales.

Grupo de Investigación.
Eumed.net.
Universidad de Málaga

Autor:

Francisco Javier Izquierdo Carbonero.

Editor:

Fundación Universitaria Andaluza Inca Garcilaso

C/ La Fusta, 50

29016 Málaga

Tel.: 952132183

Correo electrónico: coll@uma.es

Url: www.eumed.net/fuaig/index.htm

Nº Registro: 2015042711.

ISBN 13: 978-84-16399-27-7.

*A mi buen amigo y compañero -por ese orden-
JOSE ANTONIO BLANCO. Quien tanto anima
y persevera en la persecución de un sueño, que lo
es común.*

En pos de su cumplimiento solidario.

INDICE

1.- INTRODUCCIÓN	6
2.- LOS DELITOS DE URBANISMO EN EL VIGENTE CODIGO PENAL	8
2.1.EL DELITO DEL ARTÍCULO 319 DEL CODIGO PENAL	8
2.1.1. El bien jurídico protegido	34
2.1.2. Principios jurídicos de aplicación	34
2.1.3. Elementos del delito	35
2.1.4. Concursos de delito	36
JURISPRUDENCIA APLICABLE AL ART. 319 DEL C.P	37
2.2. EL DELITO DEL ARTÍCULO 320 DEL CÓDIGO PENAL	45
2.2.1. Naturaleza jurídica y bien jurídico protegido	46
2.2.2. Concursos de delitos	47
2.2.3. Algunas cuestiones conflictivas en la aplicación del Artículo 320 del Código Penal	48

<i>JURISPRUDENCIA APLICABLE AL ART. 320 DEL C.P</i>	50
<i>3.- LA PROBLEMÁTICA DE LA EJECUCION DE LOS DELITOS URBANÍSTICOS</i>	68
<i>3.1. La demolición de la construcción</i>	68
<i>3.2. Las consecuencias accesorias delictivas en caso de Incumplimiento</i>	72
<i>4.- CONCLUSIONES</i>	77
<i>5.- BIBLIOGRAFIA</i>	81

1. INTRODUCCIÓN.

El tratar en un monográfico el estudio de los delitos contra la ordenación del territorio supone unos problemas añadidos al ya, habitual en estos casos, de emprender un estudio jurídico.

Por una parte, nos encontramos a una materia que con el paso del tiempo se ha ido mediatizando debido al acceso que ha tenido a un conocimiento más popular traído por medio de los medios de comunicación de masas: prensa y televisión muy especialmente. Esta situación va intrínsecamente unida al hecho de la corrupción política que estamos viviendo y sufriendo en los últimos años.

Al haberse generalizado la corrupción política uno de los campos en que ha encontrado más apoyo y abono lo ha sido el del urbanismo.

Ha llegado hasta tal punto esta afirmación que desde el año 2005 y de forma sucesiva hasta la actualidad son varios los Informes Globales de Organismos Internacionales sobre Transparencia y Corrupción que sitúan a España como uno de los países donde la corrupción y especulación en relación con el urbanismo ha tomado nivel alarmante hasta poder calificarse de "permanente".

La causa principal por la que se ha llegado a este extremo lo supone el hecho de que el urbanismo mueve enormes cantidades de dinero de enriquecimiento fácil a quienes participan en él: tanto desde el punto de vista privado como del público, y ambos, íntimamente relacionados.

El privado a través de constructores y promotores que se han creado en ocasiones vulnerando las propias normas societarias y fiscales en pos de un beneficio rápido e ingente, ocultando no sólo delitos de aquella naturaleza sino fundamentalmente en materia de blanqueo de capitales, a la que tan bien sirve

este tipo de actuaciones.

El público por cuanto son numerosas las autoridades y funcionarios que se han enriquecido ilícita y velozmente por estos medios así como las propias administraciones (más en concreto la Local) han obtenido pingues beneficios para influir no solo en el valor de mercado de aquellos bienes sino para servirles de coartada para el mantenimiento en el poder a base de tapar aquellas vergüenzas y financiarse -ellos mismos y los partidos y gobiernos a que sirven- para el mantenimiento de sus propios estatus.

La sensación de impunidad en la sociedad ha adquirido tintes de enfado común por una actuación política y administrativa que no ha querido, podido o sabido (subrayando el primer participio verbal) acotar y anular con toda la dureza y firmeza que la situación iba requiriendo.

A lo anteriormente expuesto hemos de añadir un factor ha sobresaltar: el tecnicismos que rodea al ordenamiento urbanístico. Son tantos los conceptos e instrumentos que intervienen en el urbanismo: licencias, planes, silencios...que sirven para escabullir continuamente la responsabilidad que se debe exigir a quien se maneja en estos campos, máxime en la esfera de lo público.

Para colmo de males el Derecho Administrativo se ha visto sobrepasado por una actuación que no ha sabido regular, concretar y sancionar. Sólo la vía penal parece que está dando algunos resultados pero como, casi siempre, está llegando con un desfase temporal que también hace cundir aquella sensación de impunidad e injusticia en la mayoría de los estamentos sociales, especialmente el ciudadano de a pié que observa como al final, no pasa nada.

Principiaré con un análisis de las figuras delictivas (son sólo dos artículos del vigente Código Penal) para con abundante citación jurisprudencial finalizar el trabajo con un estudio de la problemática de la ejecución en vía penal de este tipo de condena delictivas.

2.- LOS DELITOS DE URBANISMO EN EL VIGENTE CODIGO PENAL.

Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo se encuentran regulados en el Capítulo Primero del Título XVI del Libro II del Código Penal, cuya redacción dada por la Reforma operada por la Ley Orgánica 1/2005, con entrada en vigor el 1 de Julio de 2015, es con la que vamos a trabajar a lo largo de esta Ponencia.

El Título lleva por nombre “DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACION DEL TERRITORIO, EL URBANISMO, LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO Y EL MEDIO AMBIENTE”. Por su parte el Capítulo dentro de aquella nomenclatura general titula “DE LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACION DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO” que es el mismo con el que denominado este estudio.

Lo componen dos artículos de contenido bien distinto: el primero, el 319, se refiere propiamente al delito de construcción ilegal mientras que el segundo, el 320, realmente tipifica una modalidad de prevaricación administrativa que es aquella que se da por decisiones que avocan hacia las primeras de las conductas sancionadas.

Pasamos a su análisis por separado:

2.1. EL DELITO DEL ARTÍCULO 319 DEL CÓDIGO PENAL.

Su texto dice así:

“ 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 fueses 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 resultantes 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 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 fé. En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera 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 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 letgras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 ha modificado el texto de los apartados 3 y 4 del precepto transcrito.

Además de esta modificación el texto originario también lo fue por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio que entró en vigor hasta el 23/12/2010.

También debemos tener en consideración la Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2003, de 25 de Julio, sobre la nueva configuración típica que presenta el delito contra la ordenación del territorio a partir de las medidas de liberalización del sector inmobiliaria operado por el Real Decreto-Ley 4/2000. Igualmente y del mismo Organismo Público la Instrucción 4/2007, de 10 de Abril, sobre el Fiscal Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo y las Secciones de Medio Ambiente de las Fiscalías.

De la simple lectura de esta última Instrucción de la FGE vislumbramos como la protección del Urbanismo y Medio Ambiente ha ido tomando carta de naturaleza, en su trascendencia, en un Órgano tan trascendental en la protección del interés general de la ley como es el Ministerio Fiscal. En el fondo, uno de los primeros estiletes de los Gobiernos para promover la acción de la justicia en aquellos asuntos que se consideran de trascendencia política y social.

Lo primero que nos debe hacer pensar este artículo es en el fracaso administrativo sobre materia tan notoria como lo es el medio ambiente y el urbanismo. El Derecho Administrativo ha fracasado.

Incriminar o penalizar estos ilícitos administrativos –concretamente los más graves, cierto es reconocerlo- se debe a la incapacidad de los distintos órganos de la Administración Territorial Española de atajar los casos de corrupción urbanística de los últimos años (últimas dos ó tres décadas podíamos afirmar sin tener que sonrojarnos). La situación ha llegado a ser desastrosa –con todas sus letras- y ello pese a la ingente normativa legal y administrativa tanto estatal como autonómica, sin desdeñar la local con tan amplias competencias en esta materia.

Ha existido una construcción descontrolada que se conoció como “burbuja inmobiliaria” con graves consecuencias ambientales y sociales, por no silenciar la económica. Es más, esa insaciabilidad económica de muchos, es la que ha llevado a aquel descontrol y perjuicio. Las autoridades competentes, los organismos de control y los agentes encargados de la vigilancia de la ordenación y planificación del territorio, con la mano invisible de los intereses económicos en juego empujando por detrás y una corrupción como vez más

galopante y desvergonzada han llevado a una discrecionalidad en los estamentos estatales, autonómicos y locales que nos han conducido a la situación tan lamentable que hemos sólo referido porque con los calificativos ya nos da una idea de la situación de deterioro al que se ha llegado.

Las medidas introducidas desde estos ámbitos territoriales para paliar el problema no solo han resultado, en la mayoría de los casos, ineficaces sino que han provocado la sensación de que se han dictado precisamente para embrollar aún más la situación y que el descontrol administrativo campe a sus anchas.

A ello debemos añadir que los Ayuntamientos tienen una competencia amplísima en urbanismo sin apenas control por los organismos superiores que unido a ser una fuente de ingresos excesivamente ventajosa favorecieron la corrupción de muchos de ellos en pos de la vulneración de las mismas normas que protegían aquellos dos ámbitos.

Es ahora, con los años (demasiada lentitud), cuando empiezan a aparecer casos de corrupción donde la disciplina urbanística ha sido el eje o una parte muy relevante de aquellas conductas. Tarde, como casi siempre, en una materia y unos derechos de futuro que a corto plazo vista parece no interesar a nadie con capacidad de poder conminatorio inmediato.

Una de las novedades más importantes que se introdujo en la primera reforma a que aludimos más arriba fue la responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro del ámbito urbanístico en aquellos supuestos previstos en la norma (art. 31 bis del Código Penal) y que encierran dos conductas diferenciadas:

- Delitos cometidos por los representantes legales, administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que han cometido los delitos en nombre de las mismas o en su provecho.
- Delitos cometidos por los subordinados de aquéllos y que han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las circunstancias del caso. Lo que podríamos calificar como comisión por negligencia o, en su caso, in vigilando,

sobre aquellas personas.

Las penas están agravadas en relación a las personas físicas e, incluso, con una remisión al artículo 66 bis del mismo Cuerpo Legal que pueden llevar, por aplicación de este precepto a la disolución de la persona jurídica pasando por la prohibición, temporal o definitiva, de la realización de actividades así como la intervención judicial que se podrán incluso adoptar durante la instrucción de la causa penal como medida cautelar por el instructor.

Pero el paisaje no resulta tan idílico, pues con la aprobación de este artículo quedó pendiente de las reformas procesales que permitieran su correcta y práctica aplicación. A ello hemos de adicionar un aspecto aún más desalentador: de la nueva responsabilidad penal quedan excluidas las personas jurídicas de derecho público. Hecha la ley hecha la trampa. Justamente con el sector que más debía controlarse pues, en gran medida, fue el corruptor de las privadas o favoreció su irrupción en la disciplina urbanística con tan nefastas consecuencias.

Estos tipos penales agravados, tanto en las personas físicas como en las jurídicas los vamos a omitir de un análisis pormenorizado por no extender más allá de lo necesario el propio contenido de la Ponencia y las personas a quienes va dirigida dentro de un Congreso mucho más genérico al que este tema puede resultar un tanto adyacente.

Antes de entrar en un estudio técnico jurídico del delito vamos a definir importantes figuras dentro del mundo del urbanismo –agentes urbanísticos– que ya fueron regulados por la Ley 38/1999, de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación, en sus artículos 9 y ss. Así encontramos, a saber:

Artículo 9 El promotor

1. Será considerado promotor 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.

2. Son obligaciones del promotor:

a) Ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en

él.

b) Facilitar la documentación e información previa necesaria para la redacción del proyecto, así como autorizar al director de obra las posteriores modificaciones del mismo.

c) Gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas, así como suscribir el acta de recepción de la obra.

d) Suscribir los seguros previstos en el artículo 19.

e) Entregar al adquirente, en su caso, la documentación de obra ejecutada, o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes.

Artículo 10 El proyectista

1. El proyectista es el agente que, por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto.

Podrán redactar proyectos parciales del proyecto, o partes que lo complementen, otros técnicos, de forma coordinada con el autor de éste.

Cuando el proyecto se desarrolle o complete mediante proyectos parciales u otros documentos técnicos según lo previsto en el apartado 2 del artículo 4 de esta Ley, cada proyectista asumirá la titularidad de su proyecto.

2. Son obligaciones del proyectista:

a) Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, según corresponda, y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de personas jurídicas, designar al técnico redactor del proyecto que tenga la titulación profesional habilitante.

Cuando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios para los usos indicados en el grupo a) del apartado 1 del artículo 2, la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto.

Cuando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios para los usos indicados en el grupo b) del apartado 1 del artículo 2, la titulación académica y profesional habilitante, con carácter general, será la de ingeniero, ingeniero técnico o arquitecto y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus respectivas especialidades y competencias específicas.

Cuando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios comprendidos en el grupo c) del apartado 1 del artículo 2, la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus especialidades y competencias específicas.

Idénticos criterios se seguirán respecto de los proyectos de obras a las que se refieren los apartados 2.b) y 2.c) del artículo 2 de esta Ley.

En todo caso y para todos los grupos, en los aspectos concretos correspondientes a

sus especialidades y competencias específicas, y en particular respecto de los elementos complementarios a que se refiere el apartado 3 del artículo 2, podrán asimismo intervenir otros técnicos titulados del ámbito de la arquitectura o de la ingeniería, suscribiendo los trabajos por ellos realizados y coordinados por el proyectista. Dichas intervenciones especializadas serán preceptivas si así lo establece la disposición legal reguladora del sector de actividad de que se trate.

b) Redactar el proyecto con sujeción a la normativa vigente y a lo que se haya establecido en el contrato y entregarlo, con los visados que en su caso fueran preceptivos.

c) Acordar, en su caso, con el promotor la contratación de colaboraciones parciales.

Artículo 11 El constructor

1. El constructor es el agente 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.

2. Son obligaciones del constructor:

a) Ejecutar la obra con sujeción al proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones del director de obra y del director de la ejecución de la obra, a fin de alcanzar la calidad exigida en el proyecto.

b) Tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor.

c) Designar al jefe de obra que asumirá la representación técnica del constructor en la obra y que por su titulación o experiencia deberá tener la capacitación adecuada de acuerdo con las características y la complejidad de la obra.

d) Asignar a la obra los medios humanos y materiales que su importancia requiera.

e) Formalizar las subcontrataciones de determinadas partes o instalaciones de la obra dentro de los límites establecidos en el contrato.

f) Firmar el acta de replanteo o de comienzo y el acta de recepción de la obra.

g) Facilitar al director de obra los datos necesarios para la elaboración de la documentación de la obra ejecutada.

h) Suscribir las garantías previstas en el artículo 19.

Artículo 12 El director de obra

1. El director de obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto.

2. Podrán dirigir las obras de los proyectos parciales otros técnicos, bajo la coordinación del director de obra.

3. Son obligaciones del director de obra:

a) Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, según corresponda y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de personas jurídicas, designar al técnico director de obra que tenga la titulación profesional habilitante.

En el caso de la construcción de edificios para los usos indicados en el grupo a) del apartado 1 del artículo 2, la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto.

Cuando las obras a realizar tengan por objeto la construcción de las edificaciones indicadas en el grupo b) del apartado 1 del artículo 2, la titulación habilitante, con carácter general, será la de ingeniero, ingeniero técnico o arquitecto y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus especialidades y competencias específicas.

Cuando las obras a realizar tengan por objeto la construcción de las edificaciones indicadas en el grupo c) del apartado 1 del artículo 2, la titulación habilitante será la de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus especialidades y competencias específicas.

Idénticos criterios se seguirán respecto de las obras a las que se refieren los apartados 2.b) y 2.c) del artículo 2 de esta Ley.

b) Verificar el replanteo y la adecuación de la cimentación y de la estructura proyectada a las características geotécnicas del terreno.

c) Resolver las contingencias que se produzcan en la obra y consignar en el Libro de Órdenes y Asistencias las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto.

d) Elaborar, a requerimiento del promotor o con su conformidad, eventuales modificaciones del proyecto, que vengan exigidas por la marcha de la obra siempre que las mismas se adapten a las disposiciones normativas contempladas y observadas en la redacción del proyecto.

e) Suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra, así como conformar las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas, con los visados que en su caso fueran preceptivos.

f) Elaborar y suscribir la documentación de la obra ejecutada para entregarla al promotor, con los visados que en su caso fueran preceptivos.

g) Las relacionadas en el artículo 13, en aquellos casos en los que el director de la obra y el director de la ejecución de la obra sea el mismo profesional, si fuera ésta la opción elegida, de conformidad con lo previsto en el apartado 2.a) del artículo 13.

Artículo 13 El director de la ejecución de la obra

1. El director de la ejecución de la obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, 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.

2. Son obligaciones del director de la ejecución de la obra:

a) Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de personas jurídicas, designar al técnico director de la ejecución de la obra que tenga la titulación profesional habilitante.

Cuando las obras a realizar tengan por objeto la construcción de edificios para los usos indicados en el grupo a) del apartado 1 del artículo 2, la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto técnico. Será ésta, asimismo, la titulación habilitante para las obras del grupo b) que fueran dirigidas por arquitectos.

En los demás casos la dirección de la ejecución de la obra puede ser desempeñada, indistintamente, por profesionales con la titulación de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico.

b) Verificar la recepción en obra de los productos de construcción, ordenando la realización de ensayos y pruebas precisas.

c) Dirigir la ejecución material de la obra comprobando los replanteos, los materiales, la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones, de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de obra.

d) Consignar en el Libro de Órdenes y Asistencias las instrucciones precisas.

e) Suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra, así como elaborar y suscribir las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas.

f) Colaborar con los restantes agentes en la elaboración de la documentación de la obra ejecutada, aportando los resultados del control realizado.

Salvo que la responsabilidad penal quede claramente fijada en algunos de estos agentes de la construcción la Jurisprudencia ha establecido que aquella será de asumida de forma solidaria por todos ellos. La dificultad surgirá en determinar en vía penal aquella concreta responsabilidad atendiendo a lo difuso de algunas de aquellas actividades bien en su concreción bien en su forma de proyectarse sobre la disciplina urbanística concreta. De todos modos, grosso modo, se puede establecer que salvo otra acreditación de contrario, en el propietario del terreno van a confluir todas las responsabilidades penales, especialmente en aquellas edificaciones individuales.

Si ya nos parece hartito complicado las distintas figuras de agentes urbanísticos no podemos dejar pasar el hacer una relación de los diferentes instrumentos que controlan la ordenación del territorio. Vamos a citar a continuación los más importantes y usuales, con la opinión generalizada de que nos hemos introducido en un bosque de definiciones que no sabemos distinguir o entender pero que están ahí y por ello hay que enunciarlas. Y conste que nos vamos a ceñir a lo mínimo imprescindible. Significar que vamos a transcribir la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, pues la Ley del Suelo -2008- es más genérica a este estudio de detalle al tener competencias en la materia las CC.AA que han asumido aquéllas (todas) y que nos puede servir indistintamente para cualquiera de ella dado que los instrumentos son idénticos con cambios nada interesantes ni confusos en cuanto a su nominación:

“La clasificación del suelo:

El Plan General de Ordenación Urbanística clasifica la totalidad del suelo de cada término municipal en todas o algunas de las siguientes clases de suelo: Urbano, no urbanizable y urbanizable, distinguiendo en cada una de éstas las correspondientes categorías.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los terrenos destinados a sistemas generales que por su naturaleza, entidad u objeto tengan carácter o interés supramunicipal o singular podrán ser excluidos de la clasificación del suelo, sin perjuicio de su adscripción a una de las clases de éste a los efectos de su valoración y obtención.

*** Suelo urbano**

Integran el suelo urbano los terrenos que el Plan General de Ordenación Urbanística, y en su caso el Plan de Ordenación Intermunicipal, adscriba a esta clase de suelo por encontrarse en alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Formar parte de un núcleo de población existente o ser susceptible de incorporarse en él en ejecución del Plan, y estar dotados, como mínimo, de los servicios urbanísticos de acceso rodado por vía urbana, abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía eléctrica en baja tensión.
- b) Estar ya consolidados al menos en las dos terceras partes del espacio apto para la edificación según la ordenación que el planeamiento general proponga e integrados en la malla urbana en condiciones de conectar a los servicios urbanísticos básicos reseñados en el apartado anterior.
- c) Haber sido transformados y urbanizados en ejecución del correspondiente

instrumento de planeamiento urbanístico y de conformidad con sus determinaciones.

2. En esta clase de suelo, el Plan General de Ordenación Urbanística, o en su caso el Plan de Ordenación Intermunicipal, establecerá las siguientes categorías:

A) Suelo urbano consolidado, integrado por los terrenos a que se refiere el apartado anterior cuando estén urbanizados o tengan la condición de solares y no deban quedar comprendidos en el apartado siguiente.

B) Suelo urbano no consolidado, que comprende los terrenos que adscriba a esta clase de suelo por precisar una actuación de transformación urbanística debida a alguna de las siguientes circunstancias:

a) Constituir vacíos relevantes que permitan la delimitación de sectores de suelo que carezcan de los servicios, infraestructuras y dotaciones públicos precisos y requieran de una actuación de renovación urbana que comporte una nueva urbanización conectada funcionalmente a la red de los servicios e infraestructuras existentes.

b) Estar sujeta a una actuación de reforma interior por no contar la urbanización existente con todos los servicios, infraestructuras y dotaciones públicos en la proporción y con las características adecuadas para servir a la edificación existente o que se vaya a construir en ellos, ya sea por precisar la urbanización de la mejora o rehabilitación, o bien de su renovación por devenir insuficiente como consecuencia del cambio de uso o edificabilidad global asignado por el planeamiento.

c) Precisar de un incremento o mejora de dotaciones, así como en su caso de los servicios públicos y de urbanización existentes, por causa de un incremento del aprovechamiento objetivo derivado de un aumento de edificabilidad, densidad o de cambio de uso que el instrumento de planeamiento atribuya o reconozca en parcelas integradas en áreas homogéneas respecto al aprovechamiento preexistente. Véase la Disposición Transitoria 1.^a «Planes Generales de Ordenación Urbanística sin delimitación de zonas del suelo urbano» de la L [ANDALUCÍA] 2/2012, 30 enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía («B.O.J.A.» 8 febrero).

Se presumirá que este aumento de edificabilidad o densidad o cambio de uso requiere el incremento o mejora de las dotaciones, y en su caso de los servicios públicos y de urbanización, cuando dicho incremento comporte un aumento del aprovechamiento objetivo superior al diez por ciento del preexistente.

Letra B) del número 2 del artículo 45 redactada por el apartado 18 del artículo

único de la Ley [ANDALUCÍA] 2/2012, 30 enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía («B.O.J.A.» 8 febrero). Vigencia: 28 febrero 2012.

***Suelo no urbanizable**

1. Pertenecen al suelo no urbanizable los terrenos que el Plan General de Ordenación Urbanística adscriba a esta clase de suelo por:

- a)** Tener la condición de bienes de dominio público natural o estar sujetos a limitaciones o servidumbres, por razón de éstos, cuyo régimen jurídico demande, para su integridad y efectividad, la preservación de sus características.
- b)** Estar sujetos a algún régimen de protección por la correspondiente legislación administrativa, incluidas las limitaciones y servidumbres así como las declaraciones formales o medidas administrativas que, de conformidad con dicha legislación, estén dirigidas a la preservación de la naturaleza, la flora y la fauna, del patrimonio histórico o cultural o del medio ambiente en general.
- c)** Ser merecedores de algún régimen especial de protección o garante del mantenimiento de sus características, otorgado por el propio Plan General de Ordenación Urbanística, por razón de los valores e intereses en ellos concurrentes de carácter territorial, natural, ambiental, paisajístico o histórico.
- d)** Entenderse necesario para la protección del litoral.
- e)** Ser objeto por los Planes de Ordenación del Territorio de previsiones y determinaciones que impliquen su exclusión del proceso urbanizador o que establezcan criterios de ordenación de usos, de protección o mejora del paisaje y del patrimonio histórico y cultural, y de utilización racional de los recursos naturales en general, incompatibles con cualquier clasificación distinta a la de suelo no urbanizable.
- f)** Considerarse necesaria la preservación de su carácter rural, atendidas las características del municipio, por razón de su valor, actual o potencial, agrícola, ganadero, forestal, cinegético o análogo.
- g)** Constituir el soporte físico de asentamientos rurales diseminados, vinculados en su origen al medio rural, cuyas características, atendidas las del municipio, proceda preservar. Letra g) del número 1 del artículo 46 redactada por el apartado 19 del artículo único de la Ley [ANDALUCÍA] 2/2012, 30 enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía («B.O.J.A.» 8 febrero). Vigencia: 28 febrero 2012
- h)** Ser necesario el mantenimiento de sus características para la protección de la integridad y funcionalidad de infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos públicos o de interés público.
- i)** Presentar riesgos ciertos de erosión, desprendimientos, corrimientos, inundaciones u otros riesgos naturales.
- j)** Proceder la preservación de su carácter no urbanizable por la existencia de actividades y usos generadores de riesgos de accidentes mayores o que medioambientalmente o por razones de salud pública sean incompatibles con los

usos a los que otorga soporte la urbanización.

k) Ser improcedente su transformación teniendo en cuenta razones de sostenibilidad, racionalidad y las condiciones estructurales del municipio.

2. De conformidad y en aplicación de los criterios que se establezcan reglamentariamente, el Plan General de Ordenación Urbanística podrá establecer, dentro de esta clase de suelo, todas o algunas de las categorías siguientes:

a) Suelo no urbanizable de especial protección por legislación específica, que incluirá, en todo caso, los terrenos clasificados en aplicación de los criterios de las letras a) y b) del apartado anterior, e i) cuando tales riesgos queden acreditados en el planeamiento sectorial.

b) Suelo no urbanizable de especial protección por la planificación territorial o urbanística, que incluirá al menos los terrenos clasificados en aplicación de los criterios de las letras c), d) y e) del apartado anterior.

c) Suelo no urbanizable de carácter natural o rural.

d) Suelo no urbanizable del Hábitat Rural Diseminado, que incluirá aquellos suelos que cuenten con las características que se señalan en la letra g) del apartado anterior.

***Suelo urbanizable.**

El Plan General de Ordenación Urbanística, y en su caso el Plan de Ordenación Intermunicipal, establecerá en esta clase de suelo todas o algunas de las categorías siguientes:

a) Suelo urbanizable ordenado, integrado por los terrenos que formen el o los sectores para los que el Plan establezca directamente la ordenación detallada que legitime la actividad de ejecución, en función de las necesidades y previsiones de desarrollo urbanístico municipal.

b) Suelo urbanizable sectorizado, integrado por los terrenos suficientes y más idóneos para absorber los crecimientos previsibles, de acuerdo con los criterios fijados por el Plan General de Ordenación Urbanística. Este plan delimitará uno o más sectores, y fijará las condiciones y los requerimientos exigibles para su transformación mediante el o los pertinentes Planes Parciales de Ordenación. Desde la aprobación de su ordenación detallada, este suelo pasará a tener la consideración de suelo urbanizable ordenado.

c) Suelo urbanizable no sectorizado, integrado por los restantes terrenos adscritos a esta clase de suelo. Esta categoría deberá tener en cuenta las características naturales y estructurales del municipio, así como la capacidad de integración de los usos del suelo y las exigencias de su crecimiento racional, proporcionado y sostenible".

Sin solución de continuidad transcribimos la regulación de la ordenación urbanística en esta misma Ley:

"LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA

- Los instrumentos de la ordenación urbanística

** Instrumentos de planeamiento y restantes instrumentos de la ordenación urbanística*

1. La ordenación urbanística se establece, en el marco de esta Ley y de las normas reglamentarias generales a que la misma remite y de las dictadas en su desarrollo, así como de las determinaciones de los Planes de Ordenación del Territorio en los términos dispuestos por la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por los siguientes instrumentos de planeamiento:

- a) Planeamiento general: Planes Generales de Ordenación Urbanística, Planes de Ordenación Intermunicipal y Planes de Sectorización.
- b) Planes de desarrollo: Planes Parciales de Ordenación, Planes Especiales y Estudios de Detalle.
- c) Catálogos.

2. Las Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística, las Ordenanzas Municipales de Edificación y las Ordenanzas Municipales de Urbanización contribuyen a la correcta integración de la ordenación urbanística y, en su caso, complementan la establecida por los instrumentos de planeamiento.

- Los instrumentos de planeamiento:

Planeamiento general

Planes Generales de Ordenación Urbanística

Concepto

1. Los Planes Generales de Ordenación Urbanística establecen, en el marco de los Planes de Ordenación del Territorio, la ordenación urbanística en la totalidad del término municipal y organizan las gestiones de su ejecución, de acuerdo a las características del municipio y los procesos de ocupación y utilización del suelo actuales y previsibles a medio plazo.

2. El contenido de los Planes Generales de Ordenación Urbanística, sin perjuicio de su adecuada normalización, debe desarrollarse con arreglo a los principios de máxima simplificación y proporcionalidad según la caracterización del municipio en el sistema de ciudades de Andalucía, por su población y dinámica de crecimiento, por la relevancia de sus actividades y recursos turísticos, por su pertenencia a ámbitos territoriales con relaciones supramunicipales significativas o por contar con valores singulares relativos al patrimonio urbanístico, arquitectónico, histórico, cultural, natural o paisajístico.

Objeto

En el marco de los fines y objetivos enumerados en el artículo 3 y, en su caso, de las determinaciones de los Planes de Ordenación del Territorio, los Planes Generales de Ordenación Urbanística deben:

A) Optar por el modelo y soluciones de ordenación que mejor aseguren:

- a)** Su adecuada integración en la ordenación dispuesta por los Planes de Ordenación del Territorio.
- b)** La correcta funcionalidad y puesta en valor de la ciudad ya existente atendiendo a su conservación, cualificación, reequipamiento y, en su caso, remodelación.
- c)** La adecuada conservación, protección y mejora del centro histórico, así como su adecuada inserción en la estructura urbana del municipio.
- d)** La integración de los nuevos desarrollos urbanísticos con la ciudad ya consolidada, evitando su innecesaria dispersión y mejorando y completando su ordenación estructural. Los nuevos desarrollos que, por su uso industrial, turístico, segunda residencia u otras características, no deban localizarse en el entorno del núcleo ya consolidado por las razones que habrán de motivarse, se ubicarán de forma coherente con la ordenación estructural, asegurando, entre otros, los objetivos señalados en el apartado g).
- e)** La funcionalidad, economía y eficacia en las redes de infraestructuras para la prestación de los servicios urbanos de vialidad, transporte, abastecimiento de agua, evacuación de agua, alumbrado público, suministro de energía eléctrica y comunicaciones de todo tipo.
- f)** La protección y el tratamiento adecuado del litoral de acuerdo con sus características y valores.
- g)** La preservación del proceso de urbanización para el desarrollo urbano de los siguientes terrenos: Los colindantes con el dominio público natural precisos para asegurar su integridad; los excluidos de dicho proceso por algún instrumento de ordenación del territorio; aquéllos en los que concurren valores naturales, históricos, culturales, paisajísticos, o cualesquiera otros valores que, conforme a esta Ley y por razón de la ordenación urbanística, merezcan ser tutelados; aquéllos en los que se hagan presentes riesgos naturales o derivados de usos o actividades cuya actualización deba ser prevenida, y aquéllos donde se localicen infraestructuras o equipamientos cuya funcionalidad deba ser asegurada.

B) Mantener, en lo sustancial, las tipologías edificatorias, las edificabilidades y las densidades preexistentes en la ciudad consolidada, salvo en zonas que provengan de procesos inadecuados de desarrollo urbano.

C) Atender las demandas de vivienda social y otros usos de interés público de acuerdo con las características del municipio y las necesidades de la población.

D) Garantizar la correspondencia y proporcionalidad entre los usos lucrativos y las dotaciones y los servicios públicos previstos, manteniendo la relación ya existente o, en su caso, mejorándola.

E) Procurar la coherencia, funcionalidad y accesibilidad de las dotaciones y equipamientos, así como su equilibrada distribución entre las distintas partes del municipio o, en su caso, de cada uno de sus núcleos. La ubicación de las dotaciones y equipamientos deberá establecerse de forma que se fomente su adecuada articulación y vertebración y se atienda a la integración y cohesión social en la ciudad. Asimismo, se localizarán en edificios o espacios con características apropiadas a su destino y contribuirán a su protección y conservación en los casos que posean interés arquitectónico o histórico.

F) Propiciar la mejora de la red de tráfico, aparcamientos y el sistema de transportes, dando preferencia a los medios públicos y colectivos, así como a reducir o evitar el incremento de las necesidades de transporte.

G) Evitar procesos innecesarios de especialización de usos en los nuevos desarrollos urbanísticos de la ciudad.

Determinaciones

1. Los Planes Generales de Ordenación Urbanística establecen la ordenación estructural del término municipal, que está constituida por la estructura general y por las directrices que resulten del modelo asumido de evolución urbana y de ocupación del territorio. La ordenación estructural se establece mediante las siguientes determinaciones:

A) En todos los municipios:

a) La clasificación de la totalidad del suelo con delimitación de las superficies adscritas a cada clase y categorías de suelo adoptadas de conformidad con lo establecido en los artículos 44, 45, 46 y 47 de esta Ley, previendo el crecimiento urbano necesario para garantizar el desarrollo de la ciudad a medio plazo.

b) En cada área de reforma interior o sector con uso residencial, las reservas de los terrenos equivalentes, al menos, al treinta por ciento de la edificabilidad residencial de dicho ámbito para su destino a viviendas protegidas, en los términos previstos en el Plan Municipal de Vivienda y Suelo, que podrá aumentar este porcentaje para atender las necesidades del municipio.

Si, del estudio de las necesidades presentes y futuras de la población, el Plan Municipal de Vivienda y Suelo arroja una demanda de vivienda protegida acogida al Plan Andaluz de Vivienda y Suelo inferior al porcentaje de reserva establecido en el párrafo anterior, la diferencia hasta alcanzar éste deberá destinarse a viviendas sujetas a algún régimen de protección municipal que, al menos, limite su precio máximo en venta o alquiler y establezca los requisitos que han de cumplir los destinatarios de las mismas, en el marco de lo establecido en la legislación reguladora del derecho a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Dicho régimen de protección municipal deberá quedar establecido en el citado Plan municipal.

En el supuesto de ausencia de Plan Municipal de Vivienda y Suelo, o de falta de previsión en el mismo del régimen de protección municipal referido en el párrafo anterior, la reserva de vivienda protegida, a la que hace referencia este apartado, será como mínimo del treinta por ciento, destinándose

íntegramente a viviendas protegidas acogidas al Plan Andaluz de Vivienda y Suelo.

En ningún caso computará como reserva de vivienda protegida la edificabilidad asignada a alojamientos transitorios de promoción pública que se implanten en suelo de equipamiento público.

El Plan General de Ordenación Urbanística podrá eximir total o parcialmente de esta obligación a sectores o áreas de reforma interior concretos que tengan una densidad inferior a quince viviendas por hectárea y que, además, por su tipología no se consideren aptos para la construcción de este tipo de viviendas. El Plan General preverá su compensación mediante la integración de la reserva que corresponda en el resto del municipio, asegurando su distribución equilibrada en el conjunto de la ciudad. Excepcionalmente, en el caso de revisiones parciales o modificaciones, en lugar de dicha compensación en el resto del municipio, la innovación correspondiente podrá contemplar justificadamente un incremento de la cesión de terrenos hasta un máximo del veinte por ciento en cumplimiento del deber contemplado en el artículo 51.1.C).e) de esta Ley, a los efectos de compensar las plusvalías generadas por dicha exención. En los sectores de suelo urbanizable esta excepción, y el correlativo incremento del porcentaje de cesión, sólo se podrá llevar a efecto si se justifica, en el conjunto del Plan General de Ordenación Urbanística, que la disponibilidad de suelo calificado para tal finalidad es suficiente para abastecer las necesidades presentes y futuras de viviendas protegidas conforme al Plan Municipal de Vivienda y Suelo.

Con objeto de evitar la segregación espacial y favorecer la integración social, los instrumentos de planeamiento general podrán establecer parámetros que eviten la concentración excesiva de este tipo de viviendas.

Letra b) del número 1.A) del artículo 10 redactada por el apartado 4.1 del artículo único de la Ley [ANDALUCÍA] 2/2012, 30 enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía («B.O.J.A.» 8 febrero). Vigencia: 28 febrero 2012

c) Los sistemas generales constituidos por la red básica de reservas de terrenos y construcciones de destino dotacional público que aseguren la racionalidad y coherencia del desarrollo urbanístico y garanticen la calidad y funcionalidad de los principales espacios de uso colectivo. Como mínimo deberán comprender las reservas precisas para:

c.1 Parques, jardines y espacios libres públicos en proporción adecuada a las necesidades sociales actuales y previsibles, que deben respetar un estándar mínimo entre 5 y 10 metros cuadrados por habitante o por cada 40 metros cuadrados de techo destinado a uso residencial. Reglamentariamente se podrá determinar el estándar mínimo según las características del municipio. Apartado c.1 del número 1.A) del artículo 10 redactado por el apartado 4.2 del artículo único de la Ley [ANDALUCÍA] 2/2012, 30 enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía («B.O.J.A.» 8 febrero). Vigencia: 28 febrero 2012

c.2. Infraestructuras, servicios, dotaciones y equipamientos que, por su carácter supramunicipal, por su función o destino específico, por

sus dimensiones o por su posición estratégica, integren o deban integrar la estructura actual o de desarrollo urbanístico de todo o parte del término municipal. Sus especificaciones se determinarán de acuerdo con los requisitos de calidad urbanística relativos, entre otros, al emplazamiento, organización y tratamiento que se indiquen en esta Ley y que puedan establecerse reglamentariamente o por las directrices de las Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística.

d) Usos y edificabilidades globales para las distintas zonas del suelo urbano y para los sectores del suelo urbano no consolidado y del suelo urbanizable ordenado y sectorizado, así como sus respectivos niveles de densidad, que se distribuirán entre los siguientes parámetros:

1. Densidad muy baja: 5 o menos viviendas por hectárea.
2. Densidad baja: más de 5 y hasta 15 viviendas por hectárea.
3. Densidad media-baja: más de 15 y hasta 30 viviendas por hectárea.
4. Densidad media: más de 30 y hasta 50 viviendas por hectárea.
5. Densidad alta: más de 50 y hasta 75 viviendas por hectárea.
6. Densidad muy alta: más de 75 viviendas por hectárea.

Letra d) del número 1.A) del artículo 10 redactada por el apartado 4.3 del artículo único de la Ley [ANDALUCÍA] 2/2012, 30 enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía («B.O.J.A.» 8 febrero). Vigencia: 28 febrero 2012

e) Para el suelo urbanizable no sectorizado, ya sea con carácter general o referido a zonas concretas del mismo: Los usos incompatibles con esta categoría de suelo, las condiciones para proceder a su sectorización y que aseguren la adecuada inserción de los sectores en la estructura de la ordenación municipal, y los criterios de disposición de los sistemas generales en caso de que se procediese a su sectorización.

f) Delimitación y aprovechamiento medio de las áreas de reparto que deban definirse en el suelo urbanizable.

g) Definición de los ámbitos que deban ser objeto de especial protección en los centros históricos de interés, así como de los elementos o espacios urbanos que requieran especial protección por su singular valor arquitectónico, histórico o cultural, estableciendo las determinaciones de protección adecuadas al efecto.

h) Normativa de las categorías del suelo no urbanizable de especial protección, con identificación de los elementos y espacios de valor histórico, natural o paisajístico más relevantes; la normativa e identificación de los ámbitos del Hábitat Rural Diseminado, a los que se refiere el artículo 46.1.g) de esta Ley, y la especificación de las medidas que eviten la formación de nuevos asentamientos.

i) Normativa para la protección y adecuada utilización del litoral con delimitación de la Zona de Influencia, que será como mínimo de quinientos metros a partir del límite interior de la ribera del mar, pudiéndose extender ésta en razón a las características del territorio.

B) En los municipios que por su relevancia territorial lo requieran y así se determine reglamentariamente o por los Planes de Ordenación del Territorio:

a) ...

Letra a) del número 1.B) del artículo 10 dejada sin contenido por el apartado dos del artículo 23 de Ley [ANDALUCÍA] 13/2005, 11 noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo («B.O.J.A.» 21 noviembre). Vigencia: 11 diciembre 2005

b) Definición de una red coherente de tráfico motorizado, no motorizado y peatonal, de aparcamientos y de los elementos estructurantes de la red de transportes públicos para la ciudad, y especialmente para las zonas con actividades singulares o población que generen estas demandas, así como para la comunicación entre ellas, de acuerdo con las necesidades previsibles desde el propio Plan General de Ordenación Urbanística o los planes sectoriales de aplicación.

c) Previsión de los sistemas generales de incidencia o interés regional o singular que requieran las características de estos municipios.

En los restantes municipios, el Plan General de Ordenación Urbanística podrá establecer todas o algunas de las determinaciones que se contienen en este apartado B).

2. Los Planes Generales de Ordenación Urbanística establecen, asimismo, la ordenación pormenorizada mediante las siguientes determinaciones:

A) Preceptivas:

a) En el suelo urbano consolidado, la ordenación urbanística detallada y el trazado pormenorizado de la trama urbana, sus espacios públicos y dotaciones comunitarias, complementando la ordenación estructural. Esta ordenación deberá determinar los usos pormenorizados y las ordenanzas de edificación para legitimar directamente la actividad de ejecución sin necesidad de planeamiento de desarrollo.

b) En el suelo urbano no consolidado, la delimitación de las áreas de reforma interior, por ello sujetas a su ordenación detallada, con definición de sus objetivos y asignación de usos y edificabilidades globales para cada área y la delimitación de las áreas homogéneas a las que se refiere el artículo 45.2.B).c), con la identificación de las parcelas a las que el planeamiento les atribuya un incremento de aprovechamiento sobre el preexistente y aquellas otras en las que se materialice el cumplimiento del deber de las personas titulares de esta categoría de suelo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 55.3. Asimismo, se delimitarán las áreas de reparto que deban definirse y se determinarán sus aprovechamientos medios. Letra b) del número 2.A) del

artículo 10 redactada por el apartado 4.4 del artículo único de la Ley [ANDALUCÍA] 2/2012, 30 enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía («B.O.J.A.» 8 febrero). Vigencia: 28 febrero 2012

c) En el suelo urbanizable sectorizado, los criterios y directrices para la ordenación detallada de los distintos sectores.

d) La normativa de aplicación a las categorías de suelo no urbanizable que no hayan de tener el carácter de estructural según lo establecido en este artículo, y al suelo urbanizable no sectorizado.

e) Definición de los restantes elementos o espacios que requieran especial protección por su valor urbanístico, arquitectónico, histórico, cultural, natural o paisajístico, que no hayan de tener el carácter de estructural.

f) Las previsiones de programación y gestión de la ejecución de la ordenación regulada en este apartado.

g) Definición de la media dotacional de las distintas zonas del suelo urbano, expresada por la cuota que resulte entre la superficie dotacional y la edificabilidad global de dicha zona. Letra g) del número 2.A) del artículo 10 introducida por el apartado 4.5 del artículo único de la Ley [ANDALUCÍA] 2/2012, 30 enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía («B.O.J.A.» 8 febrero). Vigencia: 28 febrero 2012

B) Con carácter potestativo:

a) Para las distintas zonas del suelo urbano, las áreas de reforma interior y los sectores del suelo urbano no consolidado y del suelo urbanizable, la determinación de la densidad, expresada en viviendas por hectárea.

b) Las determinaciones previstas en el apartado A).a) anterior, respecto de todo o parte del suelo urbano no consolidado y respecto de sectores del suelo urbanizable, para hacer posible la actividad de ejecución sin ulterior planeamiento de desarrollo, incluidos los plazos de ejecución de las correspondientes áreas y sectores.

Letra B) del número 2 del artículo 10 redactada por el apartado 4.6 del artículo único de la Ley [ANDALUCÍA] 2/2012, 30 enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía («B.O.J.A.» 8 febrero). Vigencia: 28 febrero 2012

3. Los Planes Generales de Ordenación Urbanística contienen las previsiones generales de programación y gestión de la ordenación estructural, los criterios y circunstancias cuya concurrencia haga procedente la revisión del Plan, así como, de manera expresa, la valoración, justificación y coherencia de sus determinaciones con las que, con carácter vinculante, establezcan los planes territoriales, sectoriales y ambientales.

- Otros instrumentos de planeamiento general

Planes de Ordenación Intermunicipal

1. Los Planes de Ordenación Intermunicipal tienen por objeto establecer la ordenación de áreas concretas, integradas por terrenos situados en dos o más términos municipales colindantes, que deban ser objeto de una actuación urbanística unitaria.
2. Los Planes de Ordenación Intermunicipal se formularán:
 - a) En cumplimiento de la remisión que al efecto hagan los Planes Generales de Ordenación Urbanística de los municipios afectados.
 - b) Al amparo de la previsión que en tal sentido efectúen los Planes de Ordenación del Territorio.
 - c) De forma independiente, en defecto de la remisión o de la previsión a que se refieren las letras anteriores.
3. El contenido de los Planes de Ordenación Intermunicipal comprenderá las determinaciones propias de los Planes Generales de Ordenación Urbanística que sean adecuadas para el cumplimiento de su objeto específico. En todo caso se limitará a lo estrictamente indispensable para este fin y se establecerá de la manera que comporte la menor incidencia posible en la ordenación establecida en los municipios correspondientes.

Planes de Sectorización

1. Los Planes de Sectorización tienen por objeto el cambio de categoría de terrenos de suelo urbanizable no sectorizado a suelo urbanizable sectorizado u ordenado, innovando los Planes Generales de Ordenación Urbanística y complementando la ordenación establecida por éstos.
2. Este cambio de categoría del suelo urbanizable deberá justificarse expresamente en una nueva apreciación de los procesos de ocupación y utilización del suelo y su previsible evolución en el medio plazo, teniendo en cuenta la evolución desde la aprobación del correspondiente Plan General de Ordenación Urbanística, el modelo de desarrollo urbano por éste adoptado, el grado de ejecución de los sectores delimitados por él y los criterios que el mismo establezca al efecto.
3. El Plan de Sectorización valorará la ordenación que en él se contenga en razón de:
 - a) La coherencia de sus determinaciones con las estrategias globales regionales y municipales para la utilización racional y sostenible del suelo.
 - b) La viabilidad de la transformación de los terrenos según su adecuación al modelo de crecimiento urbano y de las condiciones y previsiones para proceder a la sectorización.
 - c) La integración de la nueva propuesta respecto de la ordenación estructural establecida por el Plan General de Ordenación Urbanística.
4. Sin perjuicio del desarrollo reglamentario de la presente Ley, el Plan de Sectorización tendrá el siguiente contenido sustantivo:

a) La delimitación del sector o sectores que serán objeto de transformación, según los criterios básicos que se contengan en el Plan General de Ordenación Urbanística, que incorporará los sistemas generales incluidos o adscritos con objeto de garantizar la integración de la actuación en la estructura general municipal y, en su caso, supramunicipal, así como las determinaciones relativas a la definición del aprovechamiento medio, de conformidad con lo establecido en el artículo 10.1.A) f) de esta Ley.

b) La previsión para viviendas de protección oficial y otros regímenes de protección pública en los supuestos comprendidos en el artículo 10.1 de esta Ley.

c) Las determinaciones de ordenación estructural y pormenorizada propias de los Planes Generales de Ordenación Urbanística para el suelo urbanizable sectorizado o, en su caso, ordenado.

d) Las determinaciones relativas a la organización de su gestión y, en especial, las condiciones de plazos de ordenación y ejecución establecidas en el artículo 18.2 de esta Ley.

Letra e) del número 4 del artículo 12 suprimida por el apartado 5.º del artículo único de la Ley [ANDALUCÍA] 2/2012, 30 enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía («B.O.J.A.» 8 febrero). Vigencia: 28 febrero 2012

f) Las certificaciones técnicas de los órganos competentes respecto de la suficiencia de las infraestructuras, servicios, dotaciones y equipamientos para garantizar los servicios públicos que la propuesta demande y la ejecución, mejora o reforzamiento de las redes de infraestructuras exteriores afectadas por la nueva actuación.

5. El transcurso de los plazos máximos contemplados para el cumplimiento de las correspondientes actuaciones habilitará al municipio para:

a) Prorrogar de forma justificada los plazos previstos para su ordenación y ejecución, previo informe de la Consejería competente en materia de urbanismo.

b) Proceder a la expropiación de los terrenos para restituirlos al estado físico y jurídico en el que se encontraban o para proseguir su transformación, en todo caso con pérdida de la fianza prestada.

- Planes de desarrollo

Planes Parciales de Ordenación

1. Los Planes Parciales de Ordenación tienen por objeto:

a) El establecimiento, en desarrollo del Plan General de Ordenación Urbanística, de la ordenación detallada precisa para la ejecución integrada de sectores enteros en suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable, cuando, en su caso, aún no disponga de dicha ordenación.

b) La modificación, para su mejora, de la ordenación pormenorizada establecida con carácter potestativo por el Plan General de Ordenación Urbanística para sectores enteros del suelo urbano no consolidado y del suelo urbanizable, con respeto de la

ordenación estructural y de conformidad con los criterios y las directrices que establezca dicho Plan, sin que pueda afectar negativamente a la funcionalidad del sector o a la ordenación de su entorno.

2. Los Planes Parciales de Ordenación pueden referirse a áreas o sectores que comprendan terrenos de términos municipales colindantes cuando desarrollen el correspondiente Plan de Ordenación Intermunicipal.

3. Los Planes Parciales de Ordenación contienen las siguientes determinaciones:

a) El trazado y las características de la red de comunicaciones propias del sector y de los enlaces con el sistema general de comunicaciones previsto en el Plan General de Ordenación Urbanística, con señalamiento en ambos casos de sus alineaciones y rasantes.

b) La delimitación de las zonas de ordenación urbanística, con asignación de los usos pormenorizados y tipologías edificatorias, y su regulación mediante ordenanzas propias o por remisión a las correspondientes Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística, respetando las densidades y edificabilidades máximas asignadas al sector en el Plan General de Ordenación Urbanística.

c) La fijación de la superficie y características de las reservas para dotaciones, incluidas las relativas a aparcamientos, de acuerdo con las previsiones del Plan General de Ordenación Urbanística y los estándares y características establecidos en esta Ley.

d) El trazado y las características de las galerías y redes propias del sector, de abastecimiento de agua, alcantarillado, energía eléctrica, alumbrado, telecomunicaciones, gas natural en su caso y de aquellos otros servicios que pudiera prever el Plan General de Ordenación Urbanística, así como de su enlace con otras redes existentes o previstas.

e) El señalamiento, en el correspondiente plan de etapas, de las condiciones objetivas y funcionales que ordenen la eventual secuencia de la puesta en servicio de cada una de ellas.

En el marco de la programación secuencial del Plan General de Ordenación Urbanística, mediante el procedimiento de delimitación de unidades de ejecución, podrán efectuarse alteraciones en el plan de etapas, garantizando la funcionalidad de cada una de ellas.

Letra e) del número 3 del artículo 13 redactada por el apartado 6.º del artículo único de la Ley [ANDALUCÍA] 2/2012, 30 enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía («B.O.J.A.» 8 febrero). Vigencia: 28 febrero 2012

f) La evaluación económica de la ejecución de las obras de urbanización y, en su caso, de las dotaciones.

4. La aprobación de Planes Parciales de Ordenación será posterior a la del planeamiento general; ésta podrá ser simultánea siempre que se tramite en procedimiento independiente.

Planes Especiales

1. Los Planes Especiales pueden ser municipales o supramunicipales y tener por objeto

las siguientes finalidades:

- a)** Establecer, desarrollar, definir y, en su caso, ejecutar o proteger infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos, así como implantar aquellas otras actividades caracterizadas como Actuaciones de Interés Público en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable.
- b)** Conservar, proteger y mejorar el medio urbano y, con carácter especial, el patrimonio portador o expresivo de valores urbanísticos, arquitectónicos, históricos o culturales.
- c)** Establecer la ordenación detallada de las áreas urbanas sujetas a actuaciones u operaciones integradas de reforma interior, para la renovación, mejora, rehabilitación o colmatación de las mismas.
- d)** Vincular el destino de terrenos o construcciones a viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública, o a otros usos sociales.
- e)** Conservar, proteger y mejorar el medio rural, en particular los espacios con agriculturas singulares y los ámbitos del Hábitat Rural Diseminado.
- f)** Conservar, proteger y mejorar el paisaje, así como contribuir a la conservación y protección de los espacios y bienes naturales.
- g)** Establecer reservas de terrenos para la constitución o ampliación de los patrimonios públicos de suelo.
- h)** Cualesquiera otras finalidades análogas.

2. Los Planes Especiales tendrán por objeto:

- a)** Cualquiera de las finalidades del apartado anterior, cuando se formulen en desarrollo de Planes Generales de Ordenación Urbanística.
- b)** Las finalidades previstas en las letras a), b), e) y f) del apartado 1, cuando se formulen en ausencia de Plan General de Ordenación Urbanística o de Planes de Ordenación del Territorio. En el caso de la letra f) no podrán afectar a las condiciones de uso y aprovechamiento. Letra b) del número 2 del artículo 14 redactada por el apartado 7.º del artículo único de la Ley [ANDALUCÍA] 2/2012, 30 enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía («B.O.J.A.» 8 febrero). Vigencia: 28 febrero 2012
- c)** Las finalidades previstas en las letras a), e), f) y g) del apartado 1, y cualquier otra de naturaleza análoga que se establezca en los Planes de Ordenación del Territorio, cuando se formulen en desarrollo directo de los mismos. Letra c) del número 2 del artículo 14 redactada por el apartado 7.º del artículo único de la Ley [ANDALUCÍA] 2/2012, 30 enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía («B.O.J.A.» 8 febrero). Vigencia: 28 febrero 2012
- d)** La finalidad prevista en la letra g) del apartado 1, en el supuesto del artículo 73.3.b). Letra d) del número 2 del artículo 14 redactada por el apartado 7.º del artículo único de la Ley [ANDALUCÍA] 2/2012, 30 enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía

(«B.O.J.A.» 8 febrero). Vigencia: 28 febrero 2012

3. Los Planes Especiales desarrollan y complementan las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbanística, pudiendo modificar las pertenecientes a su ordenación pormenorizada potestativa.

4. Los Planes Especiales tendrán el contenido necesario y adecuado a su objeto y deberán redactarse con el mismo grado de desarrollo, en cuanto a documentación y determinaciones, que los instrumentos de planeamiento que complementen o modifiquen.

Asimismo, cuando su finalidad sea la de establecer infraestructuras, servicios básicos, dotaciones o equipamientos generales, o la de habilitar Actuaciones de Interés Público en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable, los Planes Especiales deberán valorar y justificar de manera expresa la incidencia de sus determinaciones con las que, con carácter vinculante, establezcan los planes territoriales, sectoriales y ambientales.

5. En ningún caso podrán los Planes Especiales sustituir a los Planes de Ordenación del Territorio ni a los Planes Generales de Ordenación Urbanística en su función de instrumentos de ordenación integral del territorio, sin perjuicio de las limitaciones de uso que puedan establecer.

Estudios de Detalle

1. Los Estudios de Detalle tienen por objeto completar o adaptar algunas determinaciones del planeamiento en áreas de suelos urbanos de ámbito reducido, y para ello podrán:

- a)** Establecer, en desarrollo de los objetivos definidos por los Planes Generales de Ordenación Urbanística, Parciales de Ordenación o Planes Especiales, la ordenación de los volúmenes, el trazado local del viario secundario y la localización del suelo dotacional público.
- b)** Fijar las alineaciones y rasantes de cualquier viario, y reajustarlas, así como las determinaciones de ordenación referidas en la letra anterior, en caso de que estén establecidas en dichos instrumentos de planeamiento.

2. Los Estudios de Detalle en ningún caso pueden:

- a)** Modificar el uso urbanístico del suelo, fuera de los límites del apartado anterior.
- b)** Incrementar el aprovechamiento urbanístico.
- c)** Suprimir o reducir el suelo dotacional público, o afectar negativamente a su funcionalidad, por disposición inadecuada de su superficie.
- d)** Alterar las condiciones de la ordenación de los terrenos o construcciones colindantes.

- Los Catálogos

Objeto, elaboración y registro de Catálogos

1. Los Catálogos tienen por objeto complementar las determinaciones de los instrumentos de planeamiento relativas a la conservación, protección o mejora del patrimonio urbanístico, arquitectónico, histórico, cultural, natural o paisajístico. A dichos efectos, los Catálogos contendrán la relación detallada y la identificación precisa de los bienes o espacios que, por su valor, hayan de ser objeto de una especial protección.
2. Sin perjuicio de su formulación y aprobación de forma independiente, en su caso conforme a la remisión que a ellos hagan los restantes instrumentos de planeamiento, los Catálogos podrán formar parte de éstos. En cualquier caso, su elaboración será preceptiva cuando dichos instrumentos de planeamiento aprecien la existencia en el ámbito por ellos ordenado de bienes o espacios en los que concurran valores singulares.
3. La Consejería competente en materia de urbanismo incluirá en el registro administrativo previsto en el artículo 40, de forma separada, todos los bienes y espacios contenidos en los Catálogos aprobados".

A estas alturas el lector puede encontrarse bastante perdido entre la vorágine legislativa que hemos ido transcribiendo. Sólo advertirle que hemos reducido aquella labor a lo mínimo imprescindible pues aún puede encontrar mayor número de instrumentos de ordenación del territorio e, incluso, con nomenclatura distinta (aunque en realidad tampoco muy diferente) pero si a ello adicionamos los tipos de licencias, los estudios, y todo lo concerniente al aparato burocrático que se pone en marcha cada vez que se promueve alguno o algunos de estos instrumentos ya nos dará una idea aproximada de la complejidad de esta materia y de los tecnicismos que la adornan.

Era necesario esta labor aunque reconozcamos la dificultad añadida que supone a la lectura de la monografía pero lo imprescindible no se puede dudar en omitir.

2.1.1. El bien jurídico protegido.

Conforme al texto constitucional podemos entender como tal la utilización racional del suelo orientada a los intereses generales (art 45 y 47 de la CE).

En parecida alusión la Jurisprudencia del TS fija como aquél "la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general (STS 363/06, de 28 de Marzo).

Estamos pues ante uno de los llamados "intereses difusos" al no tener un titular concreto sino titulares sociales.

2.1.2. Principios jurídicos de aplicación.

Nos encontramos con los siguientes principios:

- Principio non vis in idem: La jurisdicción penal tendrá prioridad y preferencia sobre la jurisdicción contencioso administrativa pero jamás se podrá producir una doble incriminación (penal y administrativa) por la misma infracción y, en el supuesto de darse, habría que anular y dejar sin efecto la segunda.
- Prejudicialidad: la aplicación de las normas penales no tendrán que esperar a la resolución contencioso-administrativa sobre la materia ya que no se reconoce esta prejudicialidad a fin de salvar ese escollo que supone el resultado del procedimiento contencioso-administrativo.
- Principio de intervención mínima: al Derecho Penal se le corresponde resolver sobre las infracciones más graves de los ataques contra la ordenación urbanística o del territorio quedando en un papel secundario al Derecho Administrativo.

2.1.3.- Elementos del delito

A) Elementos Subjetivos:

Los elementos subjetivos del delito son "promotores, constructores y técnicos directores".

Se dan tanto en el tipo básico como en el agravado del artículo.

Es práctica del foro que el Ministerio Fiscal dirija la acusación contra el promotor antes que contra el constructor.

Fijada la autoría se podrían dar situaciones de inducción al delito en los supuestos tales como cuando el constructor conozco de la ilegalidad de la construcción y aun así continúe con las labores propias de su función. Incluso se podría considerar autoría mediata en aquellos supuestos donde el constructor contrata albañiles para que realicen aquellas obras y en estos ocurra un error de tipo (desconocimiento de la ilegalidad que si le consta al constructor).

Difícil también es la consideración de la complicidad aunque se podía considerar como cómplice al suministrador de los materiales de la obra que conoce la ilegalidad de aquélla.

Por último, finalizando este apartado, aludiremos a los formas imperfectas de ejecución del delito. Sería factible la concurrencia de tentativa cuando se inicia la obra y a los pocos días se paraliza aquella bien por orden de la autoridad administrativa bien por medida cautelar penal.

No entendemos posibles ni la proposición, ni la provocación ni la conspiración pues tratándose como lo estamos ante un delito de resultado los actos preparatorios (compra de material, depósito de los mismos, etc) son actos impunes desde el punto de vista penal.

B) Elementos Objetivos:

- Ha de realizarse una construcción o actos constructivos o edificación.
- Que los anteriores no estén autorizados (no tengan licencia de obras para dichos fines).
- Realizarse en suelo no urbanizable y así entendemos "en suelos destinados a viales, zonas verdes, de dominio público o lugares que tengan, legal o administrativamente reconocido un valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección".

C) El dolo.

Ha de concurrir el dolo en cualquiera de sus clases: directo de primer grado o dolo intencional; dolo directo de segundo grado o de consecuencias accesorias, o dolo eventual.

2.1.4. Concursos de delitos

- Es factible y relativamente frecuente su concurso con el delito ecológico previsto en el art. 325 del C.P. (texto literal: *Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas en puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior"*).

- No existe concurso con el art. 320 del Código Penal por cuanto no se produce colisión del principio non bis in idem en caso de darse las dos conductas típicas dado que estamos ante delitos de distinta naturaleza.

Consiste en el desconocimiento, inevitable o evitable, de la ilicitud penal de la conducta, lo que implica que la persona tenga la creencia errónea o equivocada de que la conducta que realiza no infringe las leyes penales, y en consecuencia, constituya ningún tipo de ilícito penal.

Examinadas -aunque de forma telegráfica las anteriores premisas- paso a continuación a citar alguna jurisprudencia sobre algunos de los aspectos que hemos ido analizando.

JURISPRUDENCIA APLICABLE AL ART. 319 DEL CP.

a) Relativa al bien jurídico protegido y principios penales.

STS 363/2006, de 28 de Marzo:

"...se contiene el delito que analizamos, identifica el bien jurídico protegido por el mismo: la ordenación del territorio, pero no exclusivamente la "normativa", sobre ordenación del territorio en la medida en 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 art. 319, y a la prevaricación administrativa, en el art. 320 CP, sino que así como en el delito ecológico (art. 325), no se tutela la normativa ambiental, sino el medio ambiente, en el "delito urbanístico" no se tutela la normativa urbanística -un valor formal o meramente instrumental- sino el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de "utilización racional del suelo orientada a los intereses generales" (arts. 45 y 47 CE.), es decir la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general. Se trata así de un bien

jurídico comunitario de los denominados "intereses difusos" pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica -en mayor o menor medida- a toda una colectividad. Su protección -entiende la doctrina más autorizada- se inscribe en el fenómeno general de 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 los principios rectores del Estado Social y Democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución.

Siendo así la necesidad de la normativa penal no parece cuestionable de una parte, la progresiva degradación del medio ambiente producida, entre otras razones, por una incumplida ordenación del territorio; y además, los postulados derivados de nuestra progresiva integración europea nos obliga a asumir la recomendación del Consejo de Europa, Comité Ministros de 25.1.84, que define los objetivos fundamentales de la ordenación del territorio: el desarrollo socio-económico equilibrado de las regiones; la mejoría de su calidad de vida, la gestión responsable de los recursos naturales y la protección del medio ambiente, y la utilización racional del territorio".

E igualmente aclara:

"...Respecto a la cuestión planteada de que el derecho penal constituye la ultima ratio aplicable a los hechos mas graves para la convivencia social debemos recordar que en este sentido el derecho penal se rige por unos principios esenciales, entre ellos, el de legalidad y el de mínima intervención.

El primero se dirige especial a los Jueces y Tribunales. Solo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza sin que sea dable incorporar a la tarea exegética ni la interpretación extensiva ni menos aún la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal. Ello significa que la limitación que la aplicación de este principio supone imponer la exclusión de aquellas conductas que no se encuentran plenamente enmarcadas dentro de un tipo penal o lo que es igual, pretendiendo criminalizar conductas previamente o en su definición dentro del orden jurisdiccional competente, para delimitar dentro de él las conductas incardinadas dentro de esta jurisdicción y establecer la naturaleza de la responsabilidad para, llegado el caso, trasladarlas a este orden jurisdiccional limitativo y restrictivo por la propia naturaleza punitiva y coercitiva que lo preside.

El segundo supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS. 13.10.98, que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

Al ser un derecho subsidiario que como ultima ratio, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal, como ultima "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.

Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le integra en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos -los llamados "delitos bagatelas" o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social- pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos. Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado "principio".

b) En relación a supuestos de aplicación de esta norma penal.

STS 1067/2006, de 17 de Octubre

"...Conviene recordar que los terrenos de dominio público marítimo terrestre son intangibles.

Esta tesis se basa en la numerosa jurisprudencia contencioso-administrativa que ha proclamado rotundamente y sin fisuras, entre otras muchas la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Octubre de 2004 que, desde la entrada en vigor de la Constitución no es posible, en ningún caso, la existencia de parcelas de propiedad privada en esa zona. Así se deriva terminantemente del artículo 132.2 de la norma fundamental. Después de remitirse a la Ley para la concreción de los bienes que integran el dominio público estatal abandona ese criterio para asumir el directo protagonismo en la definición del dominio público marítimo, incluyendo dentro de este "en todo caso la zona marítimo terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental".

Asimismo, la misma Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencias de 10, 12 y 17 de Febrero ha declarado que "la finalidad de la Ley de Costas 22/88, de 28 de julio no fue sólo la de conformar hacia el futuro una regulación eficaz para la protección de dominio público marítimo-terrestre sino la de imponer un remedio activo frente a las situaciones consumadas del pasado, en defensa de unos bienes constitucionalmente protegidos (artículo 132 C. E.)"

Somos conscientes de que la realidad que vivimos y la actualidad informativa nos sitúa ante verdaderos desafueros urbanísticos que afectan a zonas de dominio público marítimo terrestre con un impacto urbanístico, infinitamente superior al que estamos contemplando.

Ahora bien, la afectación e intangibilidad del dominio público marítimo-terrestre es un bien constitucional que debe ser protegido sin distinciones, en función de su mayor o menor agresividad. Es cierto que el condenado actuó en un marco de cierta singularidad, pero ello no es suficiente para justificar la invasión del dominio público por razones meramente cuantitativas. Ello desvirtuaría la importancia de la reserva y custodia especial que el derecho administrativo y, afortunadamente el derecho penal, deben realizar sobre dicho espacio. Para ello es suficiente con apreciar la existencia de

conductas desviadas que, sin tener en cuenta su extensión y gravedad, invaden un dominio público vital para los intereses de la Comunidad y para su desarrollo armónico del entorno medio- ambiental. 3.- Queremos llamar la atención sobre la necesidad de mantener las defensas legales, sea cualquiera la intensidad de la agresión, si bien la proporcionalidad y congruencia de la respuesta penal deben acompasarse al caso concreto de manera que pueda ser comprendida y valorada por la sociedad a la que se dirige, el derecho en general y el derecho penal en particular. Por ello en el apartado siguiente adecuaremos la respuesta del derecho penal a las singularidades del caso, explicando las razones que nos llevan a establecer una medida punitiva que creemos adecuada y proporcionada a la conducta que enjuiciamos."

STS 1127/2009, de 27 de Noviembre.

"...Se trata de fundamentar este motivo en que el suelo donde se realiza la construcción no autorizada carece de la especial protección que justificaría la aplicación del tipo agravado comprendido en el artículo 319.1 CP.

Arguye al respecto el recurrente que la sentencia atribuye la calificación prevista en el artículo 319.1 al suelo tan sólo porque se hallaba en suelo rústico ARIP (Área Rural de Interés Paisajístico); que en ese suelo es posible la construcción de uso agrícola que no difiere sustancialmente de la litigiosa; que existían edificaciones preexistentes, un almacén agrícola de más de cincuenta años, por lo que se presentó un proyecto de ampliación del almacén agrícola, que requería autorización de la Consejería de Agricultura, no de autoridad con competencia urbanística; que el tipo del artículo 319.1 requería que el suelo merezca la especial protección, sin que exista subordinación absoluta del Juez penal a la autoridad administrativa, debiendo adoptarse una perspectiva material en la valoración jurídico-penal del bien jurídico protegido; que la parcela se halla ubicada en una zona de protección D, mientras que existen zonas A, B y C de mayor protección respecto a la autorización de obras de edificaciones; que lo más ajustado al tipo, según el principio de intervención mínima penal, sería que la construcción, por sus características, se apartara sustancialmente de la autorizada por la norma; que se degradaría el principio de reserva de ley si el Juez penal quedara absolutamente subordinado en la interpretación del tipo a las valoraciones del legislador extrapenal; que la normativa administrativa llamada a integrar el tipo penal no dispensa al Juez de la tarea de determinar el ámbito de la protección penal; que debió atenderse a

la realidad urbanística de la zona, con circunstancias como la proximidad al núcleo urbano, de nula protección paisajística, la existencia de altos y poco estéticos edificios colindantes; que la Sala ha renunciado a comprobar la antijuricidad material de la conducta.

Todo ello lo que funcionalmente plantea es 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. Pero tal consideración implica, por un lado, la instauración de una manifiesta inseguridad jurídica acerca de la norma complementaria y consiguientemente respecto a la norma en blanco, y, de otro lado, ignora en la paisajística, la perspectiva es elemento esencial; el desconocer la importancia de tal elemento ha llevado a la situación desastrosa de algunas partes de España en orden a la ordenación del territorio; la fijación topográfica de los límites de una protección no puede ser reputada como algo baladí a los efectos de la perspectiva paisajística en la ordenación del territorio, límites que requieren una valoración técnica y conjunta de terrenos y construcciones sin prescindir de la interacción de unos con otros para el paisaje. Valoración que aparece en el proceso, tanto sobre la normativa como sobre la realidad física y corresponde al dictamen de los folios 446 y siguientes, recogido en la sentencia; la cual acertadamente pone de manifiesto que una cosa es la perspectiva desde la edificación nueva y otra la perspectiva hacia esa edificación, tan gravemente despreciada la segunda en nuestro país."

c) Elementos del delito: Autoría y participación.

STS 1786/2009, de 6 de Abril.

"A guisa de colofón de todo lo dicho, creemos oportuno completar estos razonamientos con un examen de los elementos de este delito del tan repetido art. 319.1 CP .

Son los siguientes:

- 1º. Sujeto activo ha de ser quien reúna alguna de estas condiciones: promotor, constructor o técnico director, que concurre en los dos hermanos acusados.
- 2º. Ha de realizarse una construcción, como lo son sin duda las obras de realización de dos piscinas y sus anexos.
- 3º. Ha de tratarse de una construcción no autorizada, como queda de manifiesto con el dato al que nos acabamos de referir en el fundamento de derecho anterior: la inexistencia de licencia

de obras.

4º. Esa construcción no autorizada ha de tener lugar *"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 el caso presente, como ya hemos dicho, tales dos piscinas y anexos se ejecutaron en una zona verde declarada como tal, antes de realizarse esas obras, mediante el correspondiente plan de urbanismo.

5º. Como en todos los delitos dolosos ha de concurrir *dolo* en cualquiera de sus clases: directo de primer grado o intención, o dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, o dolo eventual. Nos remitimos a lo que acabamos de decir en el anterior fundamento de derecho. Nos hallamos claramente ante un dolo directo de primer grado: ambos acusados conocían la concurrencia de todos los elementos objetivos antes referidos y con tal conocimiento realizaron la mencionada construcción no autorizada en zona verde."

d) Sobre el concurso de delitos (especialmente el delito medioambiental ex art. 325 del C.P.).

STS 1182/2006, de 29 de Noviembre.

"...Aplicando esta doctrina al caso actual, vemos que, en primer lugar, es el mismo Tribunal sentenciador el que reiteradamente considera la conducta del acusado como un conjunto de actividades que integran una acción unitaria consistente en realizar "la gran obra transformadora" de la zona donde se desarrollaron aquéllas. Es por ello por lo que la sentencia rechaza el concurso de normas porque son distintos los bienes jurídicos afectados, aún considerándolos "muy próximos".

Tan próximos que, a nuestro entender, se confunden en uno sólo y el mismo: la protección del medio ambiente como valor tutelado por las normas concurrentes. Resulta a estos efectos sumamente significativas las consideraciones que hace la sentencia recurrida cuando al tratar del delito del art. 325, señala que para verificar la concurrencia de los elementos típicos que lo conforman, señala que "bastan algunos presupuestos del delito anterior (artículo 319.1), ya que ambos están en una línea de ataque proyectivo, empezando por la afectación de la ordenación del territorio, como delito forestal por darse el elemento normativo consistente en la infracción atinente a la sujeción al control de la gran obra transformadora, vulnerando ciertas normas intrínsecamente protectoras del medioambiente, generando al tiempo la misma conducta

una afectación o peligro concreto grave, incluso un resultado, en un ecosistema natural".

Ciertamente, si la conducta consistente en construir sin autorización configura el delito contra la ordenación del territorio del art. 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 art. 325 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 idem" que debe ser reparada en esa instancia, casándose la sentencia impugnada en este extremo y declarándose en la segunda que dictemos que la actuación del acusado constituye un supuesto de concurso de delitos que debe resolverse con arreglo al art. 8.4 C.P. , de manera que los hechos serán castigados con arreglo al art. 325 por ser el tipo más grave, excluyéndose el 319, sancionado con menor pena."

e) Por último, sobre el error de prohibición.

STS 1067/2006, de 17 de Octubre

"...La construcción de un error de prohibición en un mundo tan intercomunicado y permeable a la información, como el que vivimos, ofrece más dificultades que en otras épocas. No deja de ser una concepción teóricamente impecable pero de complicado ajuste a la realidad. Hoy día el desconocimiento absoluto de la antijuricidad de un hecho de esta naturaleza es de difícil acreditación en el caso concreto. Existe práctica unanimidad en considerar que no se puede construir el error de prohibición sobre la base de que el sujeto no conoce, de forma pormenorizada y con detalles técnicos, la normativa que está infringiendo. Un profano que, además, ha vivido durante años, sabiendo que se encontraba en las lindes de una zona de dominio público especialmente sensible, tiene la percepción natural y exigible a cualquier persona de que su actuación es contraria a la norma.

Esta conducta queda claramente explicitada en el hecho probado al reconocer y declarar que prescindió de la autorización de Costas, quizá por discrepar de sus anteriores criterios. Elude esta condición inexcusable a sabiendas y por si esto no era poco acude al Ayuntamiento que le deniega la licencia de obras advirtiéndole de forma clara y

rotunda que tiene que acudir previamente al servicio de costas. Es decir, el acusado en esta determinada circunstancia y con arreglo a los hechos antecedentes o coetáneos, tenía plena conciencia de la ilicitud de lo que estaba llevado a cabo por lo que no cabe la absolución basada en la inexistencia de dolo por no apreciar la existencia de antijuricidad penal en su conducta."

Con esta breve referencia de Jurisprudencia, y a fin de limitar a sus justos términos, esta Ponencia pasará a un análisis mucho más breve del siguiente artículo, el 320, con el que finaliza este breve título.

No quiero acabar sin referir que este artículo —el 319- que hemos tratado es, sin dudas, el más trascendente en la materia ya que soporta el mayor peso del ataque penal a las construcciones ilegales y por ello le hemos dedicado mayor número de páginas.

Dicho lo cual pasamos al estudio del siguiente y último de los artículos que regulan la materia en el Código Penal.

2.2. EL DELITO DEL ARTÍCULO 320 DEL CODIGO PENAL.

Su texto es del siguiente tenor legal:

“1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivos de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el art. 404 de este Código, y además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado, haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de

licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia”.

2.2.1. Naturaleza Jurídica y Bien Jurídico Protegido.

Lo primero que llama la atención de este artículo es que estamos ante una modalidad o especialidad de la prevaricación administrativa que regulan los artículos 404 y ss del Código Penal, en un título y capítulo distinto y bastante alejado sistemáticamente de los que ahora estamos viendo.

La explicación se haya en que el legislador ha querido dar entidad propia a esta especialización en relación con la materia de la que trata, hartamente cualificada en sus contenidos.

Pero no por ese carácter y tratamiento diferenciado hemos de perder de vista que quizá el legislador ya era conocedor de la ingente multitud de infracciones que se producen en el ámbito administrativo, máxime en una temática, como es la construcción, donde el aspecto crematístico (el dinero) que lo mueve suponen cantidades, en muchas ocasiones, desorbitadas, lo que puede conllevar –y así sucedió- a la corrupción desenfrenada de unas entidades territoriales y unas personas (autoridades o funcionarios) que vieron una fuente casi inagotable de ingresos para solucionarles sus problemas económicos de presente y futuro. Además bien abastecido este último.

De lo dicho se resalta, primariamente, que no es un delito propiamente urbanístico sino hacia las funciones públicas que regulan o tienen competencia sobre la materia, y más exactamente, hacia las posibles resoluciones ilegales dimanantes de las mismas. No se ataca particularmente hacia las infracciones contra la ordenación del territorio (de eso ya se encargaba el art. 319) sino a la Administración Pública que vulnere –con sus resoluciones- aquel ordenamiento.

Como también tuvimos ocasión de referir en el precepto ordinal anterior nuevamente se reserva a esta vía las infracciones urbanísticas más graves por cuanto las más leves o de ordinario son competencia en su persecución de las

autoridades o funcionarios de las Administraciones Públicas.

Se ha eliminado la figura del empleado público (distinta del funcionario, pues engloba también al personal laboral de las Administraciones Públicas) y ha sido la jurisprudencia la que ha incardinado en aquel concepto funcional este tipo de empleado. Y ello es así porque en esta materia -como ya hemos ido repitiendo a lo largo de esta Ponencia- son muchos los profesionales que emiten informes, y en puridad, son los técnicos en urbanismo, que tienen realmente conocimientos amplios y estrictos sobre el asunto. En este Grupo encontramos: Arquitectos, Delineantes, Ingenieros Técnicos, Técnicos Superiores en Prevención de Riesgos Laborales, etc.

Por otra parte (y aquí también observamos el “cubrémonos las vergüenzas”) se ha fijado un tipo delictivo doloso, esto es, se requiere conciencia de la ilegalidad urbanística que se está autorizando y sobre la que se emite una resolución. Y ello dificulta aún más su persecución porque demostrar esa concienciación delictiva y tan cercana a la imprudencia (que no se castiga, insistamos) va a ser muy difícil, máxime en materia tan técnica y específica donde se ha abierto una brecha por la que se van a diluir muchas irregularidades.

De todas formas, ha sido tanta la desvergüenza y el sentido de impunidad, que extraña es la provincia española donde no sean varios los Ayuntamientos (con alcaldes, secretarios interventores, arquitectos, delineantes....) que se encuentren en manos de la justicia en causas penales por este tipo delictivo. En zonas costeras o en grandes poblaciones y ciudades (aún del interior) aquel porcentaje aumenta exponencialmente.

2.2.2. Concursos de delitos.

Nos remitimos al concurso de delitos con el art. 319 del Código Penal del que ya tuvimos ocasión de explicarnos anteriormente.

Existe también concurso con el delito de prevaricación administrativa del

artículo 404 del Código Penal que, de conformidad con el art. 8 del Código Penal, y dado el carácter de especial del art. 320 se aplicará éste en lugar de aquel, con el agravamiento final último de su texto dado el carácter de la autoridad o funcionario que lo comete y su prevalimiento en este tipo de conductas delictivas.

2.2.3. Algunas cuestiones problemáticas en la aplicación del artículo 320 del Código Penal.

a) La emisión de los informes administrativos

Nos consta y conocemos que los informes sobre materia administrativa pueden ser favorables o desfavorables, vinculantes o no vinculantes y esta simple clasificación supone la posibilidad de problemas sobre la punibilidad o no de los mismos.

Distingamos pues:

- Que el informe sea vinculante o no en nada afecta a la infracción penal tipificada en este artículo por su indiferencia a efectos penales, sin perjuicio del error de tipo que pueda alegarse por la persona que asuma la responsabilidad de su emisión, en determinados casos.

- El legislador, en la definición del tipo, exige que el informe tenga carácter favorable por lo que los desfavorables, sean justos e injustos, en nada van a afectar a la ordenación territorial que se pretenda. Si el informe es favorable pero injusto y, y además, no vinculante, es mi opinión no sería sancionable vía artículo 320 del Código Penal sino que habría que acudir a la posible infracción administrativa aplicando el principio de "intervención mínima" del derecho penal. Y ello, porque como ya tácitamente reconocidos consideramos estamos ante un delito de resultado y no de mera actividad (como parte de doctrina considera en una opinión que, obviamente, no comparto).

- El voto para la emisión del informe en organismo colegiados: Es nuestra opinión que para sancionar penalmente el voto emitido aquel tiene que serlo en sentido favorable al informe (y posterior licencia urbanística) pues el propio artículo 320 del C. Penal no sanciona la comisión por omisión. Si la omisión no se sanciona en el mismo sentido nos hemos de manifestar por la abstención del voto, pues quien se abstiene en ningún caso está votando a favor de la resolución cuyo voto ha sido pedido.

b) la emisión de licencia urbanística.

- En los supuestos de emisión de licencia urbanística ilegal estimamos que cometen el delito quienes votan a favor de su concesión (aunque finalmente no se apruebe) pues ese informe a favor de la licencia ilegal ya está poniendo en peligro la ordenación del territorio que sanciona el tipo penal del art. 320 que estamos analizando.

- La responsabilidad del beneficiado por la concesión de la licencia ilegal. En este supuesto, nada infrecuente, son varias las posibilidades que se pueden analizar, a saber: a) si el particular beneficiado es totalmente desconocedor de la ilegalidad de la licencia sería inimputable a efectos penales pues no dudaríamos en calificarlo como un beneficiado de "buena fé"; b) situación diametralmente distinta es que haya conseguido la licencia urbanística ilegal por tener relaciones de amistad o parentesco con algunos de los funcionarios o autoridades competentes en esta materia ya que en estos casos podríamos hablar de la comisión de un delito de inducción a la prevaricación que sanciona el art. 320 del C. Penal; y, si a ello añadimos o consideramos que ha habido una recompensa de por medio ya hablamos de la comisión de un delito de cohecho.

c) Las legalizaciones posteriores. Este supuesto sólo podrá darse en suelos que tengan la consideración de no ser absolutamente no urbanizables (con adecuación o modificación del correspondiente plan general de desarrollo urbano). Entendemos que no afectaría a la infracción penal ya cometida y lo que podría ocurrir es la comisión de un nuevo delito de prevaricación

sancionable conforme al art. 404 del Código Penal.

d) La pasividad administrativa (también por medio de la figura del silencio administrativo en algunos supuestos): El silenciamiento ya se ha incluido (reforma por LO 5/2010) dentro del texto del artículo 320 del Código Penal aunque añadiendo el como causa el "motivo de inspecciones" con lo cual deja abiertos muchas situaciones en que aquella pasividad se produzca sin que la Administración actúa o, por lo menos, pueda justificar su desconocimiento por no tener funcionarios inspectores o ser insuficientes para desarrollar su tarea con eficiencia y eficacia. De todos modos, como ya ocurría con anterior a la reforma citada este tipo de conductas se podía castigar en base a dos artículos principalmente: el art. 408 del Código Penal que establece como tipo sancionador *"la 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..."* y el artículo 412.3, último párrafo del mismo Cuerpo Legal que tipifica a *"la autoridad o funcionario público que, requerido por un particular...para evitar cualquier delito u otro mal"*.

Aún con todo ello y el citado de la problemática más usualmente cometida en este tipo de delitos no nos engañemos y entendamos la dificultad de su probabilidad y efectiva sanción penal en la mayoría de los casos.

JURISPRUDENCIA APLICABLE AL ARTÍCULO 320 DEL CP.

a) Sobre su naturaleza y bien jurídico protegido.

STS 363/2006, de 28 de Marzo

“ El desarrollo que de estos motivos se realiza por la parte recurrente hace necesario recordar que el delito de prevaricación urbanística del art. 320 CP, introducido en el actual Código, no es sino una especialidad del delito más genérico de prevaricación penado en el art. 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos

participa, pues al igual que éste protege el correcto ejercicio del poder público que en un Estado de Derecho no puede utilizarse de forma arbitraria ni aún a pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos, pues debiendo, por el contrario, ejercerse siempre de conformidad con las leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se ciñe al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio.

Ahora bien, el control de la legalidad de los actos de los órganos de la Administración Pública precisa la STS. 766/99 de 18.5 corresponde a los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Este control no debe ser confundido con el enjuiciamiento por los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal, de las personas que ocupando y desempeñando las funciones propias de órganos de la administración, incurren en conductas que revisten caracteres de delito. Los jueces y tribunales están llamados a juzgar a las autoridades y funcionarios que presuntamente hayan realizado un hecho penalmente típico, pero no lo hacen en el ejercicio de la función controladora establecido en el art. 106.1 CE, sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional genérica que atribuye a todos los jueces y tribunales el art. 117.3 CE. destinada en el caso del orden jurisdiccional penal a hacer efectivo el mandato de aquel sometimiento de ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que establece y proclama el art. 9.1 CE. Los Jueces y Tribunales no controlan, pues, a la administración pública, sino que sencillamente, declaran cuando procede ejercer el "ius puniendi" del Estado contra la persona -autoridad o funcionario- que se ha desviado en su comportamiento de la legalidad realizando el hecho penalmente típico.”

b) Relativas al dolo (o concienciación de la conducta.)

STS 363/2006, de 28 de Marzo

“Es por eso, como en esa misma sentencia se afirma, que no se trata de sustituir a la Jurisdicción Administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no sólo es

ilegal, sino además injusta y arbitraria.

La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero).

Pero no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden Contencioso- Administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última «ratio». El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger”

Y continúa añadiendo –más concretamente sobre este apartado-:

“Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el

delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho”.

STS 7703/2009, de 27 de Noviembre.

"el art. 320 no tipifica una mera irregularidad administrativa o la contrariedad a la norma urbanística, pues resulta esencial que la conducta ponga en peligro el bien jurídico protegido, la ordenación del territorio, no exclusivamente la normativa sobre esa ordenación; que no se informó favorablemente la construcción de una vivienda familiar y la decisión administrativa adoptada por la Comisión de Gobierno fue conceder licencia para la construcción del almacén agrícola, que no contravenía la normativa urbanística, constando que el suelo afectado permite la edificación para uso agrario; que las irregularidades fueron puramente formales.

Ciertamente que la prevaricación, especial por urbanística, que sanciona el art. 320 CP exige una injusticia en la conducta consistente en la puesta en peligro de la ordenación del territorio. Mas tal elemento normativo aparece reflejado en el factum que relata como secuencia sin soluciones de continuidad, dentro del plan unitario, la irregularidad en el informe, la consiguiente resolución administrativa y el final quebrantamiento de la ordenación territorial. (Véanse sobre los supuestos de tal secuencia unitaria la jurisprudencia en sentencias de 27/9/2004 y en las en ella citadas).

Por lo que atañe al invocado principio del nono bis in ídem, que el TC entiende

incluido en el de legalidad -sentencia 2/1981 TC-, y que se dice resultaría violado si fuera aplicado el art. 320 con el 319.1, no cabe desconocer que 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 prevaricación administrativa.

En el motivo quinto de Ezequias , al amparo del art. 849.1º LECr., se denuncia la infracción del art. 28, apartado a) CP, por haber sido considerado el recurrente inductor de un delito del art. 320 CP.

En primer lugar se arguye que la propuesta delictiva habría arrancado no de Ezequias , sino de Hermenegildo , de quien habría surgido autónomamente la decisión. Desde luego que el tipo de inducción exige una influencia que incida sobre alguien que previamente no esté decidido a cometer el delito.

Pero la secuencia a que se refiere el Tribunal a quo y a la que venimos aludiendo revela la iniciación de la causalidad síquica por la persona de Ezequias, aunque en la cadena de la infracción intervenga sucesivamente Hermenegildo ; abarcando el dolo de Ezequias no sólo determinar la cadena infractora sino que la infracción se ejecutara.

Objeta el recurrente que es inductor quien no tiene intervención en el dominio del hecho. Mas, bajo ese enfoque, la consecuencia, que no favorecería penalmente a Ezequias, vendría a consistir en reputarle autor como coejecutor".

STS 4187/2012, de 4 de Junio.

"El artículo 320.2 del Código Penal , en su redacción aplicable a los hechos aquí enjuiciados, sancionaba a la autoridad o funcionario público que, por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado, hubiere resuelto o votado a favor de la concesión de proyectos de edificación o de licencias contrariamente a las normas urbanísticas vigentes, a sabiendas de su injusticia.

Como se encargan de recordarnos las SSTs núm. 663/2005, de 23 de mayo , y 363/2006, de 28 de marzo , por poner algunos ejemplos, tal delito no es sino una especialidad del más genérico de prevaricación penado en el art. 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa, pues, al igual que éste, protege el correcto ejercicio del poder público, que en un estado de derecho no puede utilizarse de forma arbitraria ni siquiera bajo el pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos. Por el contrario, debe ejercerse siempre de conformidad con las leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se

ciña al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio.

Siendo lo característico de toda prevaricación que la resolución dictada sea «arbitraria» -término que sustituye al anterior de «injusta», que había sido entendido como algo más que meramente ilegal o de posible corrección en el propio proceso administrativo o por vía de recurso-, el actual concepto penal afecta exclusivamente a la injusticia clara y manifiesta, con verdadero y patente torcimiento del derecho por su total contradicción con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Así, como sigue señalando la STS núm. 663/2005 , no habrá delito si existen dudas razonables sobre la injusticia de la resolución o si se trata de una cuestión sujeta a interpretación doctrinal o jurisprudencial, pues *"en tales casos desaparecería el aspecto penal de la infracción para quedar reducida a una mera ilegalidad a depurar en la vía correspondiente, y nunca en la penal."*

En todo caso, en el delito de prevaricación urbanística que nos ocupa la injusticia de la resolución debe venir de la vulneración de la legalidad urbanística aplicable al caso, ya sean unas normas subsidiarias, ya normas con rango de Ley, y ya en cuanto al fondo de la resolución, ya en cuanto a la competencia o el procedimiento, pues todas ellas constituyen el derecho urbanístico aplicable" .

Interpretando qué debe entenderse por esta infracción de la legalidad urbanística que se adentra en el ámbito penal, aclara la ya citada STS núm. 363/2005 , remitiéndose para ello a la STS núm. 766/99, de 18 de mayo , que el control de la legalidad de los actos emanados de órganos de la administración pública corresponde a los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que no debe confundirse con el enjuiciamiento por los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal de las personas que, ocupando y desempeñando funciones propias de órganos de la administración, incurran en conductas que revistan los caracteres de delito. Estos jueces y tribunales están llamados a juzgar a las autoridades y funcionarios que presuntamente hayan realizado un hecho penalmente típico, pero no lo hacen en el ejercicio de la función controladora establecido en el art. 106.1 CE , sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional genérica que atribuye a todos los jueces y tribunales el art. 117.3 CE , destinada en el caso del orden jurisdiccional penal a hacer efectivo el mandato de aquel sometimiento de ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que proclama el art. 9.1 CE . No se trata, por lo tanto, de ejercer un control sobre la administración pública, sino sencillamente de declarar

cuándo procede ejercer el «ius puniendi» del estado contra la persona -autoridad o funcionario- que se ha desviado de la legalidad con su comportamiento, realizando un hecho penalmente típico.

En el caso del art. 320 CP , nos encontramos ante una prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza (la normativa urbanística), lo que implica algunas diferencias. Así, mientras que la modalidad genérica del art. 404 CP exige que la autoridad o funcionario, además de una actuación a sabiendas de su injusticia, produzca una resolución arbitraria, en la urbanística el contenido de la conducta consiste en informar o resolver favorablemente a sabiendas de su injusticia. En ambos casos, el contenido de la acción es similar, pues la arbitrariedad es una forma de injusticia. De ahí que pueda ser aplicada a la prevaricación especial la jurisprudencia de esta Sala sobre la genérica (SSTS núm. 331/2003 , 1658/2003 ó 1015/2002), bien entendido que en la interpretación del tipo no debe olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuridicidad material, aplicando, en su caso, los criterios de proporcionalidad, insignificancia e intervención mínima cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado. La coordinación de las medidas administrativas y penales para la tutela urbanística no debe interpretarse en el sentido de que al derecho penal le corresponde un papel inferior o meramente auxiliar respecto del derecho administrativo: ambos se complementan para mejorar la tutela de un interés colectivo de especial relevancia, ocupando cada uno de ellos su lugar específico, conforme a su naturaleza. El derecho administrativo realiza una función preventiva y también sancionadora de primer grado, reservándose el derecho penal para las infracciones más graves.

La acción típica consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, lo que, según reiterada jurisprudencia, puede manifestarse en su dictado sin tener la competencia legalmente exigida, en la falta de respeto a las normas esenciales de procedimiento, en la contravención en su fondo de lo dispuesto en la legislación vigente, en una desviación de poder, etc. (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre). También puede apreciarse en casos de total ausencia de fundamento, de omisión de trámites esenciales del procedimiento, de patente extralimitación de la legalidad o de abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio hacia los intereses generales (SSTS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre , ó núm. 76/2002, de 25 de enero).

Pero no es suficiente la mera ilegalidad o contradicción con el derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los tribunales del orden

contencioso-administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del derecho penal, que perdería su carácter de última «ratio», por lo que este último solamente se ocupará de sancionar las más graves vulneraciones de la legalidad, es decir, conductas que superan la mera contradicción con la ley para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger. Ello lleva a distinguir entre las meras ilegalidades administrativas (aunque en ocasiones sean tan graves que provoquen su nulidad de pleno derecho) y las ilegalidades que, superando el ámbito administrativo, comportan la comisión de un delito.

Aun en supuestos de grave infracción del derecho aplicable, no pueden identificarse, sin más, los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que el art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común contempla como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. Ello revela que, para el legislador, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo). No basta, pues, con la contradicción con el derecho: para que una acción pueda ser calificada como delictiva será preciso ese «plus», concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución «injusta» y/o «arbitraria», términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.

En este sentido, una muy consolidada jurisprudencia, incluso anterior al Código Penal vigente, viene poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Otras sentencias de esta Sala, sin abandonar las tesis objetivas, ponen el acento en el ejercicio arbitrario del poder colocado en manos de la autoridad o funcionario público (art. 9.3 CE), como cuando la autoridad o funcionario dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino mero producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad.

Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un

derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS núm. 766/1999, de 18 mayo , y núm. 2340/2001, de 10 de diciembre); también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla-, en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), en la insostenibilidad de la resolución mediante los cánones interpretativos admitidos (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre , y núm. 76/2002, de 25 de enero), en la falta de fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo). Cuando esto sucede, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa en derecho, orientado al funcionamiento de la administración pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Además, es necesario que el autor actúe «a sabiendas» de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo , como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir que se comete el delito de prevaricación previsto en el art. 404 CP -y, por su expresa conexión, del art. 320 CP - cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere ese resultado, anteponiendo el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración".

c) Relativas a algunas conductas delictivas.

STS 1440/2003, de 31 de Octubre.

HECHOS PROBADOS:

"1.- En fecha 3 de mayo de 1995, Rodolf , mayor de edad y sin antecedentes penales, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Corvera de Toranzo (Cantabria) desde 1991, concedió licencia de obra a Agustín para la "rehabilitación de un edificio (placa de

hormigón) en el pueblo de Borleña", con un presupuesto de obra de un millón de pesetas. Rodolfo conocía el edificio de referencia, que en realidad no era sino la ruina de lo que había sido una vivienda de planta baja, primera planta y bajo-cubierta, en estado de total abandono y sin uso desde hacía muchos años pues carecía incluso de tejado. Con posterioridad, en Noviembre de 1995, Agustín obtuvo de la Demarcación de Carreteras del Estado en Cantabria una autorización de obras para "rehabilitar edificio existente", que le fue concedida pero debiendo ejecutarse respetando que "la distancia mínima de la vivienda al borde exterior de la calzada (línea blanca) más próxima de la carretera será de veinticinco (25) metros." Como quiera que al amparo de la mencionada licencia de obras Agustín ejecutó no sólo una placa sino toda una estructura de hormigón de nueva planta, compuesta de planta baja, planta alta y tejado con buhardillones, demoliendo prácticamente la totalidad de los muros antiguos, de los que solo conservó como decoración parte de algunas esquinas de piedra en planta baja, el propio Rodolfo, consciente de que lo ejecutado excedía lo autorizado, insistió ante el propietario para que presentase el correspondiente proyecto y solicitud de licencia, y como que este no lo hiciera, en fecha 15 de Julio de 1996, acordó ordenar la paralización de la obra concediéndole dos meses para que presentase el proyecto técnico en el Ayuntamiento, lo que notificó él mismo al propietario el día 26 de Julio de 1996. El día 26 de septiembre de 1996, cuando ya la construcción estaba prácticamente concluida pues en realidad y pese a aquella orden no se paralizaron las obras, Agustín presentó ante el Ayuntamiento de Corvera de Toranzo una solicitud de licencia de obra de fecha 1 de febrero de 1996 en la que constaban las firmas del arquitecto de la obra y el aparejador y los sellos de visado del Colegio Oficial de Arquitectos de Cantabria, así como un proyecto básico y de ejecución de un hotel en Borleña que incluía legalización de estructura y la autorización de la demarcación de carreteras antes dicha. El proyecto había obtenido el Visado de dicho Colegio Profesional el 12 de febrero de 1996, pero en él dicho colegio había hecho constar un sello advirtiendo que "aun incurriendo -en parte-, en infracciones establecidas en el art. 226,2 de la Ley del Suelo, figura ya ejecutada la construcción correspondiente que cumple con las condiciones técnicas exigibles", unido a dicho proyecto estaba también el Informe Urbanístico del Colegio de Arquitectos, que advertía que "1º, invade la distancia de protección a CN-232 según Ley de Carreteras (Ley 25/1988); 2º) Excede la edificabilidad máxima permitida, e incumple la distancia mínima a colindantes según ordenanza UN-1; 3º) Se incumple las condiciones de buhardillas en planta bajo-cubierta a que se refiere el apartado 2 del art.

7.6 de la NNSS. 4º) El uso previsto requiere la autorización previa a que se refiere el art. 16.3 del T.R. de la Ley del Suelo según procedimiento establecido en los art. 14 y 12.2 de las [sic] Ley de Cantabria 9/1994. Lo que se informa para la tramitación del presente expediente a los efectos previstos en el art. 248 de T.R. de la Ley del Suelo ". A la vista del proyecto y de esos informes, que Rodolfo conoció, este pidió opinión sobre la legalidad de la obra a Jose Pedro , aparejador que habitualmente le asesoraba en estas cuestiones, quien le dijo que a él le parecía legal por tratarse de una rehabilitación, pero que no quería intervenir en el asunto ni emitir informe oficial alguno por ser el arquitecto técnico de la misma obra, y que preguntara a otro técnico. Ante ello, Rodolfo el mismo día 26 de Septiembre se desplazó a Parbayón, donde se entrevistó con el arquitecto superior Alfonso , a quien entregó el proyecto en cuestión con dicho sello e informe y la autorización de la demarcación de carreteras; Alfonso , a la vista de tales documentos, no se atrevió a informar favorablemente la concesión de la licencia, y elaboró un informe que en lo esencial decía: "Examinados los documentos, permisos y el proyecto de ejecución visado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Cantabria, en mi opinión, la concesión de la Licencia Municipal de Obras debe supeditarse a las indicaciones recogidas en el sello del Colegio de Arquitectos", con referencia al antes transcrito parcialmente, para concluir: "A este respecto, para conceder la Licencias de Obras, a mi entender se debe tener en cuenta el permiso concedido por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, para rehabilitar edificio existente, con fecha 2 de Enero de 1995. Es mi opinión que para la concesión de la Licencia Municipal de Obras se deben sopesar estos dos elementos de juicio: el informe del Colegio Oficial de Arquitectos y el Permiso del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, y obrar en consecuencia". Al día siguiente, Eduardo acudió al Ayuntamiento de Corvera de Toranzo y se entrevistó con Rodolfo , entregándole ese informe, y el mismo día, sin más asesoramiento ni trámites, y pese a conocer Rodolfo que en realidad lo construido era un edificio de nueva planta en suelo no urbanizable, que la concesión de la licencia de obras precisaba la previa autorización por la Comisión Regional de Urbanismo, y que incumplía la autorización en su día concedida por la demarcación de Carreteras, concedió la licencia de obras mediante la oportuna resolución, que fue suscrita por la Sra. Secretaria, si bien esta hizo constar, como hacía habitualmente, que firmaba la licencia por orden expresa del Alcalde, ya que a su juicio era preceptivo el informe del aparejador municipal, que no existía como tal en el Ayuntamiento.

En la misma fecha 27 de septiembre de 1996 Rodolfo hizo constar por escrito, en un oficio con membrete del Ayuntamiento de Corvera y con su sello estampado, que "Agustín ha satisfecho la cantidad de seiscientos doce mil pesetas por los tributos locales a que se refiere la Licencia de Obra adjunta", con referencia a la licencia antes mencionada, suscribiendo con su firma tal texto para crear la apariencia del pago de dichos tributos y conseguir así que no le pudieran ser reclamadas a DOMINGO las 612.000 pts. que la Sra. Secretaria había liquidado como debidas por la licencia de obras, documento que unió al expediente administrativo sobre la licencia de obra. El Ayuntamiento de Corvera de Toranzo no ingresó esa suma porque Agustín nunca hizo dicho pago, ni tenía aprobada ni reconocida deuda alguna a favor de este por la construcción de un depuradora en el Barrio del Mesón de Borleña, que Domingo había instalado en terrenos de su propiedad para depurar las aguas del hotel y del mesón de su propiedad, de dos viviendas de su familia y de otras dos viviendas de unos vecinos, sin que se instruyese expediente administrativo alguno ni por el Ayuntamiento ni por la junta vecinal de Borleña sobre esa obra, de la cual y del terreno en que se encuentra Domingo no ha hecho cesión al Ayuntamiento de Corvera ni a la Junta Vecinal de Borleña. Los tributos devengados y no satisfechos por la concesión de la mencionada licencia y que el Ayuntamiento tenía que haber ingresado ascendían a 612.000 pts. por el impuesto de Construcciones, Instalaciones y Obras y otras 612.000 pts. por la tasa de Licencia urbanística, si bien en la concesión de licencia la Sra. Secretaría-Interventora sólo había liquidado por "licencia de obra" la suma de 612.000 pts. correspondientes al impuesto."[sic]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

“ los Jueces "a quibus" analizaron exhaustivamente todo ese acopio documental que ahora cita el recurrente y llegaron a su convicción a partir de otros medios probatorios de los que dispusieron y con razonamientos tan lógicos como los de considerar: a) que las irregularidades que pudieran producirse en otros supuestos en el cobro de impuestos municipales nunca podrían servir de justificación de la ilegalidad de la conducta que aquí nos ocupa, lo que igualmente se produce respecto del pago por compensación del tributo, acerca del cual el Tribunal de instancia fundamenta con acierto las razones por las que se considera ilegal; b) que la propia Secretaria del Ayuntamiento declaró ante el Tribunal dando cumplida explicación del significado de la frase "por orden del Alcalde" que expresamente introdujo en la documentación municipal; c) que el carácter de suelo urbano de la parcela de Autos se contradice con la constancia de la carencia de servicios

como el de evacuación de aguas residuales y fecales o del resto de saneamiento, imprescindibles según la norma vigente en aquel lugar y momento, de acuerdo también con el contenido del Informe Urbanístico del Colegio Oficial de Arquitectos aportado; d) que las normas subsidiarias del Plan no fueron en realidad publicadas con los requisitos legales necesarios para adquirir verdadera eficacia y amparar, por tanto, la conducta del recurrente; etc”.

STS 663/2055, de 23 de Mayo.

HECHOS PROBADOS:

“Con fecha 18 de Mayo de 1998, Don Baltasar, Presidente de la Cooperativa "Frutos Caval", de Valdelacalzada, compró a la Mercantil Inmobiliaria Cogil, SL. los solares nº 26 y 27 del Polígono Industrial La Vara de aquella población, que estaba siendo urbanizado por la Mercantil antes señalada. Sobre los indicados solares, el mencionado Sr. Baltasar, en nombre y representación de la Sociedad Estación de Servicio La Vara, SA. proyectaba levantar una gasolinera, para lo cual presentó, ante el Ayuntamiento de Valdelacalzada el 26 de noviembre de 1998, solicitud de licencia de obra.

Posteriormente, el 19 de enero de 1999, el repetido Sr. Baltasar, en la representación que ostentaba, solicitó del Ayuntamiento ya meritado, la concesión de licencia de apertura para el desarrollo de la actividad de Venta de Combustibles y Carburantes en local sito en las parcelas 26 y 27 del Polígono Industrial La Vara, lo que dio lugar a que, por tratarse de una actividad sujeto a la reglamentación de actividad molesta, insalubres, nocivas y peligrosas, se publicara en el Boletín Oficial de la Provincia (B.O.P.), al objeto de que, los que pudieran resultar afectados, formularan ante ese Ayuntamiento, por escrito, las observaciones pertinentes, publicidad que se llevó a cabo en el BOP. del día 26 de febrero de 1.999, llegando a presentarse, en el plazo otorgado para la formulación de observaciones, dos reclamaciones por escrito, fechadas ambas el 8 de marzo de 1.999, firmadas por Don Jose Ángel y por D^a Gema que expresamente se referían a la tramitación de la licencia de apertura antes citada, con consignación expresa del BOP, donde se había publicado la solicitud de licencia de apertura, y con especificación de que ambas reclamaciones versaban sobre su oposición a la concesión de la tantas veces mencionada licencia de apertura de la gasolinera

Ambas reclamaciones, que tuvieron entrada en el Ayuntamiento de Valdelacalzada, el

mismo día 9 de marzo de 1999, siéndoles selladas las copias a los presentantes, sin embargo, no fueron incorporadas al Expediente de su razón, o sea, al incoado y tramitado para concesión de la licencia de apertura, sino que, habiéndolas recogido y examinado el hoy acusado, Héctor, mayor de edad sin antecedentes penales, que, a la sazón, ostentaba el cargo de Alcalde de aquella localidad, y que era en las mismas fechas Gerente de la Cooperativa Frutos Caval de la que era Presidente el Sr. Baltasar, las incorporó a otro expediente distinto -el expediente de Modificación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento-, que se encontraba ya terminado, al estar toda la documentación en la Consejería de Urbanismo de la Junta de Extremadura, para su aprobación definitiva.

La incorporación de las dos reclamaciones mencionadas, de los señores José Ángel y Gema, a un Expediente incorrecto, fue decidida personalmente por el acusado mencionado, Sr. Héctor, sin dar conocimiento de ello a la Secretaria del Ayuntamiento, ni a los propios reclamantes, quienes estaban confiados en que sus reclamaciones seguían su trámite legal.

A consecuencia de esa maniobra del acusado Sr. Héctor, cuando la Secretaria de la Corporación tuvo necesidad, -en el curso de la tramitación administrativa del Expediente de Licencia de Apertura, de certificar sobre el estado del citado expediente, antes de elevarlo a la Junta de Extremadura y al Pleno del Ayuntamiento-, de dar fe de que no se habían presentado ninguna reclamación a la concesión de la Licencia de Apertura, instada por el Sr. Baltasar. El expediente de Licencia de Apertura de la Estación de Servicios La Vara, siguió, por ello, su tramitación, sin obstáculo y sin impedimento alguno,. obteniendo ante la falta de reclamación, según se había certificado por la Secretaria del Ayuntamiento, informes favorables de los técnicos competentes en materia de sanidad, hasta llegar a la resolución de la Comisión de Actividades clasificadas de la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Extremadura de fecha 3 de enero de 2000, que emitía informe favorable a la concesión de la licencia, tras de lo cual el entonces Alcalde -Presidente del Ayuntamiento de Valdelacalzada Don Jose Ramón, que lo era desde el 3 de julio de 1999, procedió a expedir Decreto de 14 de marzo de 2000, de concesión de Licencia Municipal de Apertura a nombre de Estación de Servicios La Vara, SL.

Las personas que presentaron aquellas reclamaciones, Don José Ángel y D^a Julieta, tenían presentado, además, ante el mismo Ayuntamiento, con fecha 24.2.99, solicitud de

licencia de obras para estación de servicio a construir por Lahen Oil SL, de la que es Administrador único el Sr. José Ángel, sobre la parcela 191 sita en Calzada Romana de Valdelacalzada, propiedad de D^a Julieta, sin que nunca se les diera respuesta, por el Ayuntamiento, a esa solicitud de Licencia de Obras, de la que tácitamente han venido a desistir sus peticionarios con el paso del tiempo.

- En sesión del día 29 de abril de 1997, el ayuntamiento Pleno de Valdelacalzada aprobó provisionalmente las Normas Subsidiarias de Planeamiento Urbanístico, recayendo la Aprobación definitiva de las mismas, por la comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Extremadura, de la Consejería de Medio Ambiente, Urbanismo y Turismo, de la Junta de Extremadura, en fecha 25 de febrero de 1998 (Diario Oficial de Extremadura, DOE. de 16-7-98).

Por encargo de la Inmobiliaria Cogil, SL, el Arquitecto Superior D. Ramón, redactó en junio de 1998, unas modificaciones puntuales de las dichas Normas Subsidiarias de Planeamiento, con el fin de cambiar los usos de la Unidad de Ejecución UE-1, (polígono Industrial La Vara) propiedad de aquella Mercantil, para pasar, de estar destinado a Industria Media (IND-2) y almacenaje Agroganadero, a Industria en Casco (IND-1).

Esas modificaciones puntuales fueron informadas favorablemente por el Arquitecto Técnico Municipal. Don Ildefonso, que estaba vinculado con el Ayuntamiento de Valdelacalzada por contrato temporal de 9.6.97 y fueron aprobadas por unanimidad por el Ayuntamiento Pleno, el 24 de febrero de 1999 y por la Comisión Urbanismo y Ordenación del territorio de Extremadura, el 5 de mayo de 1999 (DOE. de 28 de agosto de 1999), con una superficie bruta aproximada de 41.600 m² y dotación de superficie de espacios verdes y/o libres de 5.069,85 m².

Mientras tanto el 26 de noviembre de 1998, la Mercantil propietaria del Polígono Industrial UE.1 Cogil SL. había presentado al Ayuntamiento de Valdelacalzada solicitud de licencia de obra para la Urbanización y Parcelación de aquel Polígono, lo que iba a llevar a cabo según el Proyecto de Urbanización redactado el 24 de noviembre de 1998 y visado por el correspondiente Colegio Oficial, por el Arquitecto Técnico Don Ildefonso, que, como se dijo, era también el Arquitecto Técnico Municipal.

La licencia de obras se concedió, con el informe favorable del Arquitecto Técnico Municipal, el 1 de junio de 1999, iniciándose seguidamente las obras hasta su

finalización el 22 de septiembre de 1999, en que se levanta Acta de recepción firmada por el que era Alcalde desde el 3 de julio de 1999, Sr. Jose Ramón y por el Técnico Municipal Sr. Ildefonso.

Posteriormente, con fecha 28 de noviembre de 1999, el Colegio Oficial de Arquitectos de Extremadura, presentó, ante el Ayuntamiento de Valdelacalzada, recurso de reposición contra el Acto Municipal que otorgo licencia para el proyecto de urbanización del Polígono Industrial promovido por Cogil, SL. por entender que el Proyecto había sido redactado por técnico que carecía de competencias a tal efecto, en concreto por el Arquitecto Técnico Don Ildefonso, cuando según la legislación aplicable, ese tipo de proyecto solo podía ser redactado por el Arquitecto Superior, Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos o Ingeniero Superior Industrial.

Ante ello, como quiera que según la legislación sobre régimen del suelo y ordenación urbano, no exigía licencia municipal para los Proyectos de Urbanización, sino solo aprobación municipal, el Ayuntamiento de Valdelacalzada no anuló la licencia a que se refería el Colegio Oficial de Arquitectos, pero requirió a Inmobiliaria Cogil SL. la presentación de un nuevo Proyecto de Urbanización del mismo Polígono, ahora ya redactado por el Arquitecto Superior, lo que así hizo la Inmobiliaria promotora del Polígono, si bien, ese nuevo Proyecto obtuvo ciertos reparos del Servicio de Urbanismo y vivienda de la Diputación de Badajoz, que consideraba que no se adaptaba a las Normas Subsidiarias, ante lo cual el Alcalde Sr. José Ramón encargó a los Servicios Técnicos de aquella Diputación modificación puntual de las normas subsidiarias, lo que se informe el 5 de diciembre de 2000, procediendo, seguidamente, en fecha 15 de septiembre de 2000, a dictar Decreto de aprobación del Proyecto de aquellos Arquitectos Superiores Sres. Amparo y Aurelio.

Con fecha 28 de julio del corriente año 2003, el Ayuntamiento Pleno ha aprobado la modificación de las Normas Subsidiarias redactadas por el Técnico de la Diputación de 5 de diciembre de 2000.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

“De tal relato fáctico se desprenden los elementos típicos del delito del art. 413 CP. - El hoy recurrente Héctor recibió unos documentos por razón de su cargo de Alcalde del Ayuntamiento, esto es tenía la "custodia funcional" de los mismos (SSTS. 754/95 de 12.6, 1425/97 de 26.11, 1060/99 de 24.6), y tenía conocimiento de unas reclamaciones,

alegaciones u observaciones surgidas a surtir efecto en un expediente concreto, solicitud de licencia de apertura de la gasolinera "La Vara SL".

- No obstante ello procedió de manera deliberada y consciente a incluirlas en otro expediente distinto: modificación Normas Subsidiarias.

- Como consecuencia de ello, no se cumplió el tramite especial previsto en el art. 30 del Reglamento regulador del procedimiento de concesión de licencias para actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas, y al no constar en el expediente aquellos escritos, los técnicos competentes y el jefe local de sanidad, emitieron su informe sin poder tener constancia de la existencia de esas reclamaciones, que podrían o no haber influido en el sentido de su informe pero que con la actuación del recurrente no pudieron cumplir la finalidad que legalmente tenían reservada.

Por ello, puede deducirse que el recurrente actuó con plena conciencia y voluntad en la realización de los hechos y que su fin último fue el de evitar que los documentos cumpliesen los fines para los que estaban previstos, pues no debemos olvidar que la forma comisiva de la infidelidad en la custodia de documentos descrita en el verbo "ocultar" no solo abarca la acción consistente "en esconder un documento en algún lugar donde difícilmente puede ser hallado", sino también la que adopta la forma más sinuosa de guardar, no entregar o incluso no incorporar al procedimiento, aún de forma temporal pero impidiendo que surta los fines a que corresponde su contenido y destino, aceptándose de esta forma por la jurisprudencia (STS. 14.10.90), la comisión por omisión del delito cuestionado y esta posibilidad debe entenderse subsiste hoy a la luz del art. 11 del nuevo Código Penal (STS. 2/98 de 12.1), puesto que el resultado característico de la infidelidad en la custodia de actuaciones o documentos puede producirse o causarse por la mera falta de entrega o no incorporación al expediente siempre que se infrinja el deber jurídico especial que pesa sobre el funcionario.

Por último en relación al posible móvil que guiara la actuación del Sr. Héctor, resulta irrelevante a los fines del recurso. El dolo no debe confundirse con el móvil "pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato (amistad, afinidad política o ideológica, etc...) de modo que mientras no se incorpore el móvil o animo especial al tipo del injusto (ánimo de lucro, por ejemplo, en los delitos patrimoniales que lo exigen), no tendrá ningún poderío destipificador y sólo podrá moverse en el ámbito de las atenuantes o agravantes genéricas o específicas que lo recojan (SSTS. 380/97 d 25.3, 2.2.87)".

d) Por último, relativas al concurso de delitos.

STS 1219/2009, de 25 de Noviembre

“Es correcto afirmar que los tipos del art. 404 y 320 son homogéneos, dado que el último sólo extiende la autoría a quienes, sin decidir, informan sobre la materia de la resolución administrativa. Pero, la inducción por el delito del art. 320 CP y la autoría del art. 404 CP no son homogéneas. En efecto, no ofrece dudas que el recurrente no fue acusado por haber informado en un proyecto de edificación, ni por haber dictado una resolución en asunto administrativo, sino sólo por haber inducido a quien informaba en los términos del art. 320 CP , es decir por una acción que no consiste en dictar una resolución administrativa injusta en el sentido del art. 404 CP . Por lo tanto, no pudo haber sido interrogado con sentido acusatorio sobre una cuestión que, de acuerdo con la acusación del Fiscal, no formaba parte del objeto del proceso. Por tal razón el recurrente no pudo conocer la acusación por hechos que, desde el punto de vista de la Audiencia, podrían haber sido calificados como autoría de la acción del tipo del art. 404 CP . Por esta razón, se ha vulnerado el principio acusatorio.”

3. LA PROBLEMÁTICA DE LA EJECUCIÓN DE LOS DELITOS URBANÍSTICOS.

3.1. LA DEMOLICION DE LA CONSTRUCCION.

Principiaremos con una obviedad: para hablar de ejecución de los delitos urbanísticos es conditio sine que non que la sentencia firme lo sea en sentido condenatorio dado que las sentencias absolutorias no van a dar lugar a la incoación de procedimiento ejecutorio alguno.

No vamos entrar en este epígrafe en un estudio de la suspensión o sustitución de las penas impuestas ya que estas dos instituciones típicamente penales se dan en todos los delitos que conforman la parte especial de nuestro Código Penal, siempre y cuando se den los requisitos presupuestados para ello en los arts 80 y ss del Código Penal.

Si significar y destacar desde ya que, en bastantes ocasiones, para conceder la suspensión de las penas privativas de libertad los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal exigen como condición para obtener aquel beneficio la demolición de la obra y la restitución del lugar a la situación en que se encontraba antes de cometerse la infracción penal castigada.

Cuando hablamos de problemática en la ejecución lo hacemos ciñéndonos a la dificultad que supone la demolición de la obra construida en el tipo de delitos al que hemos dedicado nuestra monografía.

Por un lado nos vamos a encontrar con la indisponibilidad económica para ello por parte del condenado. Esta situación (cierta o no, pero alegada), independientemente o no la repercusión en la revocación de la pena de prisión a que ha sido condenado en sentencia firme supone el mayor obstáculo para reponer a su estado originario la realidad física alterada por el delito cometido.

En estos supuestos, a los Juzgados o Tribunales no les queda más remedio que, en primer lugar, requerir informe pericial sobre el importe

aproximado del coste a que ascenderá aquella demolición y; en segundo lugar, y previo requerimiento personal al condenado para que ejecute aquella obra de demolición y no hacerlo voluntariamente, proceder a la averiguación de bienes del mismo y ejecutar la vía de apremio contra aquéllos hasta conseguir el importe necesario para llevar a cabo la demolición.

A aquellos profesionales y ciudadanos que se mueven en el devenir cotidiano del foro nos le será difícil comprender la lentitud a que se ven avocados los Juzgados y Tribunales cuando hablamos de tramitar una vía de apremio ejecutiva contra bienes de cualquier naturaleza. Esta vía de apremio requiere de una serie de trámites: requerimiento de pago, averiguación de bienes, embargo, peritaciones, depósitos, remociones, subastas, adjudicaciones, inscripciones registrales...que con el cumplimiento de los plazos y requisitos procesales para ello, suponiendo que no se compliquen (tercerías, prejudicialidad, etc) nos llevan a unos cómputos de plazos que van a retrasar sobremanera la llevanza a efectos de la ejecución pretendida. y, todo ello, contando que desde un primer momento la tramitación no se complique y al final se pueda llevar a buen término el procedimiento de apremio y la realización de los bienes. Ahora, por un momento, supongamos que aquella tramitación burocrática se complica, o en su caso, se produce la insolvencia del condenado, e incluso, se ha procedido a obtener numerario pero no llega al mínimo imprescindible para cubrir los gastos.

En los supuestos de insolvencia total o parcial del condenado, ahora ya ejecutado, no cada otro remedio que requerir al Ayuntamiento de la localidad donde resida la sede física de la construcción en cuestión para que por los órganos a su cargo se proceda a efectuar la demolición sin perjuicio de repercutir, de presente o de futuro sobre los bienes del ejecutado.

Si el Ayuntamiento ejecuta la demolición no se ha complicado en exceso el trámite y los plazos procedimentales más no resulta infrecuente que la Entidad Local comunique que no dispone de presupuesto para ello con lo que la ejecución se encamina a su paralización con todos los perjuicios que ello conlleva y la sensación de impunidad (al menos, en este punto) tanto del condenado como de los terceros en general. Pero incluso, con la ejecución por

parte de la Administración Local puede ser -y así será en la mayoría de los casos- que la penal no haya finalizado pues por aquella se pretenda el resarcimiento de los gastos que se le ha ocasionado vía ejecución penal de la responsabilidad civil del condenado. Esto hará que el archivo de las actuaciones se convierta en una entelequia y que de conseguirse no dejará de calificarse como provisional pues antes del plazo de prescripción nuevamente la Administración pedirá la ejecución de la responsabilidad civil para recuperar su inversión presupuestaria y, de nuevo, a comenzar con la averiguación de bienes actualizada del ejecutado y a partir de ahí con todas las posibles variaciones de trámites procesales que hemos ido solo enumerando anteriormente.

Si el Ayuntamiento no puede cumplir caben dos soluciones:

a) Requerir a dicho organismo temporalmente -generalmente de forma anual- para que incluyan en sus presupuestos una partida destinada a la ejecución de la demolición. Contando con la diligencia de la corporación local y el no olvido de la Administración de Justicia podríamos conseguir, por fin, la tan ansiada ejecución, con las derivaciones posteriores en el trámite penal de ejecución sobre la responsabilidad civil del condenado que ha asumido la Administración Local.

b) Que, pese a los continuos requerimientos, el Ayuntamiento en cuestión alegue (sea verdad o no) que sigue sin disponer de presupuesto ordinario o extraordinario para obtener una partida encaminada a la ejecución de la demolición.

En estos casos, se puede intentar que sea el Organismo competente de la Comunidad Autónoma (por ejemplo: Consejería de Medio Ambiente, o de Urbanismo, o con la denominación que se le haya dado) quien proceda a ejecutar la sentencia, pues entre sus atribuciones estaría el respeto a aquel medioambiente u ordenación del territorio que se ha perturbado.

Aún consiguiendo que asuma la demolición los mismos problemas que hemos ido aludiendo a lo largo de este epígrafe se pueden ir reproduciendo y en el mismo o distinto orden, tanto da que tanto tiene.

Al buen observador no habrá escapado que la situación ejecutiva pueda llegar a un *impass* o situación sin salida por paralización. Ciertamente es que el condenado pueda cumplir la prisión, puede estar embargado e inscrito en el Registro Civil de demandados Rebeldes, y puede estar francamente (si es así) "fastidiado" por la actuación judicial o administrativa, pero no lo es menos que lo que se pretendía primordialmente con la pena -en definitiva, la reposición de la realidad física vulnerada, como último fin- no se haya conseguido.

Es práctica inveterada en la mayoría de las ejecuciones penales sobre la materia acudir como bien a embargar el propio del condenado sobre el que se ha realizado la construcción u obra ilegal.

Es una excelente solución si bien no exenta de complicaciones. Pasamos a su estudio.

a) Si el valor de la finca matriz (permitámonos esa licencia en la denominación) es superior al de la obra de demolición y se consigue su realización el problema se ha resuelto.

b) Si siendo aquel mayor no se ha conseguido porque nadie ha acudido al procedimiento de apremio nos cabe que se lo adjudique, en su día, la Administración Local (o Autonómica en su caso) y realicen las obras de demolición. Problema, de nuevo, solucionado.

c) Que el valor de la finca matriz sea menor que el de la construcción ilegal a demoler. E incluso que siendo mayor, por mor del procedimiento de apremio, quede disminuido hasta tal punto que sea menor. En definitiva, una insolvencia parcial o total del condenado y una Administración Territorial que no puede actuar por carecer de disponibilidad presupuestaria para nivelar el déficit de realización de la obra de demolición. Se vuelven a reproducir las circunstancias que hemos ido aludiendo anteriormente con los posibles resultados de dificultad o irrealización de la ejecución.

d) Todavía un caso más inverosímil pero factible: que haya construido la obra o construcción ilegal en parcela ocupada. Pensemos, por un ejemplo, en lugares de costa (por la inmensa población flotante) o en lugares de interior (deshabitados por su emplazamiento geográfico) donde un vecino ocupa una

parcela de un particular que apenas visita aquélla (por ser extranjero -en el primero de los casos- o por residir desde hace ya años fuera -en el segundo de los casos- y sólo a títulos de ejemplos ilustrativos) y sobre la misma ha construido una obra que, casi con toda probabilidad, sea de valor superior al de la finca matriz.

Aquí ya los problemas civiles que se pueden llegar a suscitar hace volar la imaginación hasta situaciones rocambolesca que harán de difícil o casi imposible ejecución la condena. Mejor dejemos de imaginar para no agobiarnos con soluciones que van a ser de difícil consecución.

Y, conste, que estamos sobre la punta de un iceberg y relatándolo de forma casi telegráfica.

Es un tema que pueda ocupar otra monografía, tesis doctoral o cualquier trabajo doctrinal de mayor extensión que el que pretendemos con esta obra.

3.2. CONSECUENCIAS ACCESORIAS DELICTIVAS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO.

A fin de concluir este apartado es obligatoria la cita de la posible desobediencia por parte de la autoridad o funcionario público al cumplimiento de la sentencia penal en la parte que atañe a la demolición de la obra o construcción ilegal y que ha dado lugar a la causa penal, por la que ha sido instado por Juzgado o Tribunal competente.

No nos referimos ahora a un incumplimiento por falta de medios económicos sino a aquél que se hace de forma voluntaria, habiendo –en todo momento- intención de no cumplir con la sentencia penal. Independientemente de que se pueda llevar a la ejecución de la demolición por los medios que ya hemos indicado en este mismo epígrafe estamos añadiendo un plus a la conducta del ahora de este tipo de sujeto pasivo, esto es, una libre voluntad manifestada en la irrealización de lo que se le ha ordenado en una sentencia penal firme.

Así dispone el artículo 410 del Código Penal:

“1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de...”

De la simple lectura de su texto concluimos que tienen que darse una serie de requisitos para el cumplimiento del tipo –adicionados otros por la Jurisprudencia- que vamos a enumerar a continuación:

- Una actitud inequívoca y contraria a ese cumplimiento.
- Cierta continuidad y mantenimiento en el tiempo de la conducta pese a los requerimientos y despachos que se libren al efecto.
- Como consecuencia de la anterior, más de un requerimiento para realizar la orden dada. Exigiéndose que el requerimiento sea personal.
- Que la orden de cumplimiento reúna todas las formalidades legales.
- Que aquella orden de cumplimiento lo sea de forma directa, expresa y clara.

Como ya viene siendo habitual en esta monografía pasaremos a transcribir una sentencia del Tribunal Supremo donde se recogen estos requisitos para la comisión de la infracción delictiva tipificada en el art. 410 del Código Penal.

“se debe indicar que la palabra "abiertamente" que emplea el precepto para calificar una negativa a obedecer, ha de interpretarse, según constante jurisprudencia, no en el sentido literal de que la negativa haya de expresarse de manera contundente y explícita empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente, sino que también puede existir cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato, es decir, cuando sin oponerse o negar el mismo tampoco realice la actividad mínima necesaria para llevarlo a cabo, máxime cuando la orden es reiterada por la autoridad competente para ello, o lo que es

igual, cuando la pertinaz postura de pasividad se traduzca necesariamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer.

...

c) Este delito, según exige el propio precepto que le tipifica, tiene naturaleza de "delicta propia " o especial en cuanto sólo puede ser cometido por un círculo concreto de personas, las que reúnan la condición de funcionarios públicos según los términos definitorios del artículo 119 del Código Penal de 1973 y 24.2 del vigente. Además, a esta condición de funcionario hay que añadir la exigencia de tener el sujeto facultades decisorias, aunque sea por delegación, en el sentido de poder dictar actos administrativos u otras resoluciones que afecten a los administrados.

d) Esta infracción sólo puede cometerse mediante una actuación positiva no siendo posible la comisión por omisión (diferencia sustantiva con el delito de desobediencia) y ello deriva de la propia literalidad del precepto cuando emplea el vocablo "dictarse". En cuanto a lo que debe entenderse por "resolución" ha de considerarse principalmente como tal un acto administrativo que suponga una declaración de voluntad, de contenido decisorio no meramente ejecutorio de una decisión de la que tal acto traiga causa y que además "afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos puramente políticos".

e) Finalmente, en el párrafo primero del artículo 358 del anterior Código Penal, que es el aquí aplicado por más favorable, se exige que el funcionario obre "a sabiendas" de lo injusto, lo que entraña una forma de dolo reforzado que viene interpretándose en el sentido de que el sujeto comisor ha de tener una clara consciencia de la arbitrariedad, dolo o intención que ha de probarse, como elemento subjetivo del tipo, más allá de toda duda razonable.

...

En el caso concreto que nos ocupa se dan todos y cada uno de los elementos de la prevaricación en la actuación del acusado, ahora recurrente, según los amplios y bien ensamblados razonamientos que se contienen en la sentencia, a los que nos remitimos. Bástenos resaltar aquí lo siguiente:

1º. El acusado ejercía el cargo de DIRECCION001 de la Diputación Provincial de Granada, de ahí su cualidad indiscutible de funcionario público, según definición del artículo 119 del Código de 1.973, 24.1 del vigente.

2º. Dentro de la competencia que le otorgaba el cargo dictó resoluciones en orden al nombramiento provisional de funcionarios para el desempeño de ciertas jefaturas, resoluciones que fueron anuladas por el Tribunal de lo Contencioso por ser contrarias a derecho.

3º. Después de esta sentencia, reiteró una serie de acuerdos o actos administrativos que, amén de ilegales por contravenir de forma directa y patente la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local (Texto Refundido) y la Ley de 28 de julio de 1988 que modifica la de medidas para la Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1.984, devinieron en resoluciones "injustas", pues probado ha sido y así se infiere de toda su actuación, que la finalidad única y casi obsesiva del acusado fue mantener en los mismos puestos a las mismas personas que primeramente habían sido nombradas no obstante la anulación acordada por los Tribunales desde el principio, como así lo consiguió en perjuicio de las personas que podrían tener mejor derecho de acceso a esos puestos y en perjuicio también de la claridad y la limpieza que siempre deben acompañar a estos nombramientos públicos.

4º. El elemento subjetivo del dolo aunque diésemos una interpretación muy restrictiva a la intencionalidad del sujeto, aparece en este supuesto con total claridad, pues el acusado tuvo que saber desde el primer momento de forma necesaria la ilegalidad de su primera resolución y, no obstante, insistió una y otra vez en mantenerla dictando sucesivos actos administrativos "a sabiendas" de lo injusto que suponía perjudicar con ello a un número más o menos concreto de administrados y también (insistimos) en perjuicio del buen nombre y prestigio de un organismo público tan importante como es una Diputación Provincial. Este dolo se hace a la vez más evidente si tenemos en cuenta la cualidad del funcionario que dictó los actos ilegales e injustos, la más elevada de ese Organismo, al que hay que suponerle, sin ninguna duda razonable,

unos amplios conocimientos en este orden de actividades, bien por sí mismo, bien a través de sus órganos consultivos o de asesoramiento.”

Por último, y ya poniendo definitivo fin a este epígrafe, si fuere el propio condenado/particular el que incumpliera la orden de demolición por actos inequívocos de no querer derribar lo ilegalmente construido (por ejemplo, continuando la obra más allá de las obras mínimas de seguridad para evitar accidentes hasta que se produzca el derribo, etc) lo que podríamos encontrarnos es la comisión de un delito de quebrantamiento de condena del art. 468.2 del Código Penal.

4.- CONCLUSIONES.

Nos ha llegado el momento de finalizar una monografía que hemos dedicado, en exclusividad, al estudio de dos artículos del vigente Código Penal, los ordinales 319 y 320 de aquel Cuerpo Legal.

En puridad, aunque englobados dentro del mismo capítulo la naturaleza de los bienes jurídicos que protegen son distintas, aunque el segundo pueda ser causa del primero o viceversa.

El primero de ellos, el artículo 319, es en puridad el único precepto que sanciona los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, y el segundo, el artículo 320, lo que hace en realidad es sancionar las conductas de prevaricación administrativa que puedan dar ocasión al primero. No deja de ser una especialidad de la prevaricación administrativa que se regula en otros capítulos y Título del Código Penal bastante alejados sistemáticamente de éste. Sencillamente, se ha dado carta de naturaleza especial a una conducta general que por su significación e ingente aumento de conductas en una materia concreta administrativa (la ordenación del territorio) se le ha dado entidad independiente para su perseguibilidad y condena, adicionada a un aumento en la gravedad de las penas que se imponen a aquéllas.

Lo primero que debemos destacar es si con esta tipificación se ha conseguido el objetivo que toda infracción penal debe conseguir...su evitación, dado que hemos acudido a la mayor fuerza coercitiva del Estado y ultima ratio que debe ser el Código Penal.

La respuesta no puede ser más desesperanzadora por su negatividad. El Derecho Penal ha llegado tarde y mal. Y no porque haya habido pasividad en la Administración de Justicia –que también, como ya viene siendo crónico- sino porque han sido las propias Administraciones Territoriales, con el apoyo bastante poderoso de órganos de gobierno de sus respectivos ámbitos, cuando no estatales, los que han provocado una “burbuja inmobiliaria” de tal dimensión que era casi imposible la persecución de las infracciones administrativas y

penales, que se estaban cometiendo de forma sistemática, unido al hecho de servir de fuente de enriquecimiento rápido, exultando y con un alto sentido de la impunidad de los mismos que las cometían.

Con esta “metástasis intencional” poco se puede hacer. Quizá lo que se ha hecho, esperar que aquella situación explote y tranquilizada la situación y las formas dar lugar a su persecución. Tarde y a cuenta gotas, pero que está llegando.

No ha habido intención de parar el desatino administrativo y penal. Y cuando ha llegado ha sido más por un cambio orgánico y estructural que por que aquella finalidad haya tomado carta de naturaleza propia.

Es difícil comprender como en comarcas donde se han construido más de 30.000 viviendas ilegales (sí, hay error lector, treinta mil) ninguna autoridad o funcionario, Ayuntamiento o Comunidad Autónoma se haya percatado del desaguizado cuando era observable a simple vista, y algunas organizaciones (especialmente, las custodias del medioambiente) estaban poniendo el grito en el cielo por el perjuicio de aquella especie que se estaba produciendo, fomentando y tolerando.

Con estos condimentos no podemos esperar unas buenas viandas.

Por otra parte, llegados a la judicialización de la situación a los ya crónicos males de nuestra Justicia (la Penal no iba a ser una excepción) debemos acumular un tipo de procedimientos y causas penales en la que los Jueces y Tribunales se encuentran bastante alejados de un conocimiento exacto ante tanto tecnicismo administrativo como el que existe en el Derecho Administrativo que regula la ordenación del territorio y el Urbanismo. Basta con volver a echar una mirada sobre los instrumentos administrativos que referimos al principio de este trabajo –y no eran todos- para volver a sumirnos en la depresión del desconocimiento o la ignorancia.

Tan es así la cuestión, que en las causas penales por este tipo de delito y los que recoge el mismo Título tiene que acudir a la Sala de Vistas, con su previa citación, de un “especialista” (así se les llama en el foro) que oriente al Juez ante tal acopio de normas y tecnicismos. Son los años de experiencia los

que van ayudando –y mucho- a la judicatura al aumento de sus aciertos en la resolución de este tipo delictivo. La labor de la Jurisprudencia ha sido fundamental en aquella consecución y, por ello, en esta monografía no hemos sido remiscentes en dejarla de mencionar. Si nos es por aquella labor de los Altos Tribunales (con el Supremo a la cabeza) los Jueces de primera línea se verían francamente desbordados en sus limitados conocimientos sobre tantas normas penales administrativas que regulan una materia, ya de por sí, muy farragosa y difícil de entender y asimilar.

Comprendido lo anterior ya nos podemos hacer una idea de la complejidad en la ejecución de las sentencias condenatorias que se dictan (de ahí parte del título que hemos dado a la obra) pues, a las ya de por sí, extensos expedientes administrativos hay que acumular el propio judicial y sólo con un vistazo a un expediente de Ejecutoria sobre este tipo delictivo podemos entresacarlos de la variedad que componen aquellos negociados dado su volumen (casi siempre de varios tomos) los hacen fácilmente detectables.

Enfrentarse a una Ejecutoria sobre este tipo de delitos supone un plus de actividad laboral para los funcionarios encargados de ellas (Juez. Secretario Judicial, Ministerio Fiscal, Gestores, Tramitadores...) más el agotamiento, hasta en cierto aspecto psíquico, que supone el ingente número de horas de dedicación para que consiga adelantos procesales a pasos minúsculos. Y contando con el buen hacer de los profesionales del Derecho que intervienen en la causa que no intenten retrasar lo inevitable con todos los medios que las leyes procesales y sustantivas ponen a sus alcances. Puede llegar a ser frustrante para todo el colectivo de la administración de justicia.

Esta concatenación de acontecimiento nos ha llegado a plantear la cuestión, nada baladí por otra parte, si este tipo delictivo no debería estar fuera del Código Penal. Extramuros del Derecho Punitivo Estatal y que fuera la propia Administración que ha dado lugar a la situación actual la que remediara la misma: no le faltan ni medios, ni conocimientos, dos pilares básicos para que una actuación rápida, eficaz y eficiente desde esta parte del ordenamiento jurídico –el Derecho Administrativo- pusieran una rápida paralización o disminución de este tipo de conductas (tantas veces propiciadas por aquéllos

que ahora buscan protección penal). Pensemos, verbi gracia, como la Hacienda Pública ejecuta sus resoluciones con una rapidez temporal que ya quisieran para sí otras Administraciones (entre ellas, la de Justicia). Crear unos Organismos Administrativos con esta capacidad operativa en pos de la protección del ordenamiento territorial y el urbanismo acabaría, casi desde el inicio, con todo este tipo de conductas que colapsan la Administración Territorial, en sus conductas más leves, y la Administración de Justicia en sus conductas más graves.

Como ese momento consideramos no va a llegar habrá que seguir confiando en quela Administración de Justicia, lenta pero inexorablemente, vaya poniendo coto a unas conductas permitidas desde muchos entornos, más o menos alejados de la propia Administración, entendiendo este concepto en sentido genérico.

A este objetivo, de forma humilde y prácticamente mínima, hemos pretendido colaborar con esta obra. No sólo con el estudio de la norma y la Jurisprudencia que la adorna (nunca mejor utilizada la amplitud de esta forma verbal) sino aludiendo, ex professo, a la problemática de la ejecución de las sentencias condenatorias, para que el lector no se lleve a engaño de que con la sentencia no se tiene el camino acabado, sino que queda mucho por andar hasta su total cumplimiento y satisfacción de la parte perjudicada (que cuando no hay acusación particular, no deja de tener aquella consideración la sociedad en su conjunto y en su futuro).

Confiar en que, al menos, algo de lo que nos propusimos desde el inicio se haya conseguido.

5. BIBLIOGRAFÍA.

- CRIADO SANCHEZ. *“La prevaricación urbanística por omisión en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio, de reforma del Código Penal. Revista de Urbanismo.*
- DE LA CUESTA ARZAMENDI. *“Protección Penal de la ordenación del territorio y del ambiente”. Volumen 2. DJ 1983.*
- DIAZ MANZANERA. *“El delito urbanístico en la jurisprudencia reciente” Editorial La Ley. Revista nº 50. Junio 2008.*
- SANTOS DIEZ Y CASTELAO RODRIGUEZ. *“Los delitos contra la ordenación del territorio”. Derecho Urbanístico. Manual para Juristas y Técnicos. Editorial El Consultor de los Ayuntamientos. Madrid 2008.*
- SANZ MULAS. *“Corrupción Urbanística (la mezcla del cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales”, Revista La Ley Penal nº 45. Madrid 2008.*
- VERCHER NOGUERA. *“La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio”. Diario La Ley. D-26, Tomo 1. 1997.*
- CODIGO PENAL COMENTADO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANC.
- CODIGO PENAL COMENTADO DE LA EDITORIAL LA LEY.