



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO
Programa de Doctorado en Ciencias Sociales

La construcción ilegal como delito

Autor:

Isabel M^a Alcaraz Abellán

Directores:

Dr. D. Javier Belda Iniesta

Dr. D. José María Caballero Salinas

Murcia, noviembre de 2020



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO
Programa de Doctorado en Ciencias Sociales

La construcción ilegal como delito

Autor:

Isabel M^a Alcaraz Abellán

Directores:

Dr. D. Javier Belda Iniesta

Dr. D. José María Caballero Salinas

Murcia, noviembre de 2020



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

AUTORIZACIÓN DEL DIRECTOR DE LA TESIS PARA SU PRESENTACIÓN

El Dr. D. José María Caballero Salinas y el Dr. D. Javier Belda Iniesta. como Directores⁽¹⁾ de la Tesis Doctoral titulada “La construcción ilegal como delito” realizada por Dña. Isabel María Alcaraz Abellán en el Departamento de Ciencias Sociales Jurídicas y de la Empresa autoriza su presentación a trámite dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

Lo que firmo, para dar cumplimiento a los Reales Decretos 99/2011, 1393/2007, 56/2005 y 778/98, en Murcia a 22 de octubre de 2020.

Javier Belda Iniesta

Firmado digitalmente por
JOSE MARIA CABALLERO SALINAS
JOSE MARIA CABALLERO SALINAS
Fecha: 2020.10.23 12:55:02 +02'00'

A mis padres, Paco y Carmen

AGRADECIMIENTOS

A mis directores, por su apoyo y paciencia durante los años de investigación.

Muy en especial, a mi director José María Caballero, mi referente profesional y académico, de quien he aprendido a ver los conceptos urbanísticos desde una perspectiva penal, abriendo mi mente a una concepción jurídica global que me ha enriquecido enormemente como profesional del Derecho.

A mi director, Javier Belda por demostrarme que la apariencia casi nunca coincide con la realidad, potenciando mi espíritu investigador al estilo del último clásico.

A mis compañeros de Servicios Jurídicos y amigos, Isabel Mendoza y Cesáreo Gil de Pareja, por tantas horas compartidas, discutiendo los tipos jurídicos hasta su última coma, para encontrar una nueva interpretación que dotara de sentido penal y urbanístico, respectivamente, a los delitos urbanísticos.

A Emilio García Mercader, por animarme con su especial habilidad para transmitir que lo complicado siempre es sencillo.

A mi familia. A mis padres, Paco y Carmen por apoyarme siempre de manera incondicional. A Inma, mi tía, hermana y amiga, por estar a mi lado en todo momento con su cariño, alegría y optimismo.

Muchas gracias a todas las personas con las que he compartido esta andadura, porque en la vida todo siempre es mejor si nace de la *unión de voluntades*.¹

¹ *“Naturaleza, en rigor,
conservó tantas edades
correspondiendo amistades;
que no hay animal perfeto
si no asiste a su conceto
la unión de dos voluntades.”.*

(Lope de Vega, “El caballero de Olmedo”, 1620-1625.)

RESUMEN

En la presente Tesis se realiza un estudio pormenorizado de los delitos urbanísticos, tanto desde el punto de vista de la dogmática jurídica, como desde la crítica, analizando para ello la eficacia de su tipificación como política criminal. La introducción en Derecho español de los Delitos sobre la ordenación del territorio realizada por el Código Penal de 1995 puso de manifiesto dos problemas fundamentales, por una parte la necesidad de protección del suelo como recurso natural escaso cuya utilización debe realizarse de acuerdo con el interés general, por otra parte, la ineficacia de la Administración para proteger dicho recurso, lo que hace necesario que se eleve su protección al ámbito penal.

La conducta típica de los delitos urbanísticos hasta el Código Penal de 1995 contaba únicamente con un reproche administrativo, por lo que su tipificación penal se debe analizar desde la perspectiva de dos grandes principios del Derecho Penal como son el Principio “*ne bis in ídem*” y el Principio de intervención mínima de la ley penal.

El bien jurídico protegido por la infracción urbanística y por el delito sobre la ordenación del territorio es el mismo, la diferencia entre ambos ilícitos administrativo y penal es cuantitativa, partiendo de esta base, únicamente deben revestir la categoría de delitos aquellos atentados contra el urbanismo y la ordenación del territorio más intolerables. La jurisprudencia ha concretado que dicho bien jurídico viene referido a la utilización racional del suelo de manera sostenible como recurso material limitado y la ordenación de su uso para satisfacer el interés general.

Algunas Audiencias Provinciales, con fundamento en la verdadera protección del bien jurídico en sentido material, no aprecian la existencia de delito a pesar de tratarse de obras en suelo no urbanizable no susceptibles de legalización, si las mismas no representan una alteración sustancial de la ordenación del territorio, como en aquellos supuestos en los que a pesar de tratarse de suelo no urbanizable se trata de un entorno urbano por haberse edificado *de facto*.

El principal problema que plantean los delitos urbanísticos desde el punto de vista teórico es su concepción como tipos penales en blanco, cuyos elementos pertenecen al Derecho Administrativo Urbanístico, lo que plantea la necesidad de un pronunciamiento prejudicial por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, ya que el carácter autorizable de la obra será determinante para la existencia del delito. Prueba de ello fue la reforma del Código Penal realizada mediante la LO 5/2010, que sustituye la expresión referida a la construcción como “no autorizada” por “no autorizable”, poniendo de manifiesto que lo relevante es que la obra sea conforme a la normativa urbanística y por consiguiente susceptible de legalización, no a que efectivamente exista el acto administrativo concreto que autorice la misma.

La jurisprudencia de las distintas Audiencias Provinciales han venido dotando de contenido a los elementos de la conducta típica de los delitos urbanísticos, recopilando una casuística de obras y construcciones que por no ser autorizables desde el punto de vista urbanístico son susceptibles de reproche penal (casas prefabricadas, piscinas, cuarto de aperos, etc.).

El sujeto activo de los delitos urbanísticos también se presenta como un tema controvertido ya que al venir referido el tipo penal a “los promotores, constructores o técnicos directores”, por la doctrina y la jurisprudencia se cuestiona si se trata de un delito especial propio referido a un profesional de la construcción. A este respecto, la jurisprudencia concluye que únicamente se trata de un delito especial propio en el caso de los técnicos directores, respecto de los cuales siempre se les exigirá el correspondiente título académico que acredite su cualificación profesional. Por el contrario, no será delito especial en el caso de los promotores o constructores, respecto de los que no exige una especial cualificación profesional. Esta consideración plantea casos en los que puede resultar excesiva una sanción penal, como en el supuesto del “auto constructor” que construye su vivienda empleando sus propios medios sin causar daño grave a la ordenación del territorio, siendo más acorde a los principios de intervención mínima y subsidiaridad del Derecho Penal y, en última instancia, al de proporcionalidad, que la conducta se sancionara con una multa administrativa.

Si bien la cuestión más espinosa es la referente a la necesidad de pronunciamiento por el juez penal respecto de la demolición de la construcción ilegal no autorizable, aspecto sobre el que existen posturas contradictorias entre las

distintas Audiencias Provinciales, que han hecho necesaria la unificación de criterios por parte del Tribunal Supremo, quien ha optado por establecer la demolición de la obra como regla general, por ser la efectiva demolición requisito imprescindible para conseguir el verdadero restablecimiento de la legalidad urbanística infringida y, en consecuencia, la protección última del bien jurídico del tipo penal.

El problema real es conseguir materializar la efectiva demolición de la obra ilegalizable, ya que en la mayoría de los casos el juez no ejecuta el pronunciamiento civil de restablecimiento de la legalidad urbanística contenido en la sentencia condenatoria, limitándose a remitir el mismo al Ayuntamiento correspondiente quien tampoco lo llevará a cabo, bien por motivos políticos de impopularidad entre los vecinos, bien por carecer de recursos económicos debidamente presupuestados para asumir la ejecución subsidiaria a costa del responsable de la infracción. Con el fin de lograr la verdadera protección de la ordenación del territorio y el urbanismo, evitando que la lesión al bien jurídico se perpetúe en el tiempo, es necesario coordinar la actuación de las autoridades administrativas y judiciales para garantizar la ejecución de la condena de demolición, sin que ninguna de dichas autoridades pueda hacer dejación de las funciones y competencias que le son propias.

Desde el punto de vista crítico de política criminal se valora la eficacia de la tipificación de los delitos urbanísticos a los efectos de la prevención general propia del Derecho Penal, consistente en la no proliferación de las construcciones ilegales en el suelo no urbanizable o de protección especial, poniendo de manifiesto otras alternativas que podrían resultar más eficaces para la represión de estas conductas, como puede ser el refuerzo de los medios que garanticen la eficacia de la potestad sancionadora de la Administración, reservando la sanción penal para los ataques más graves sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

Palabras clave: Delito sobre la ordenación del territorio y el Urbanismo, Construcción ilegal, infracción urbanística, demolición, ejecución forzosa.

ABSTRACT

A detailed study of urbanistic crime is conducted in this Thesis, both from the point of view of legal dogma, and from a critical point of view, analysing the effectiveness of its legal classification as criminal policy. By introducing Crime against the order of the territory in Spanish Law through the Criminal Code in 1995 two fundamental problems came to light. On the one hand, the need to protect land as a scarce natural resource whose use must be in line with general interests, and on the other hand the ineffectiveness of the Administration to protect the said resource, therefore requiring protection through criminal law.

Typical urbanistic crimes until the 1995 Criminal Code only entailed administrative charges, and therefore classifying it as a crime must be analysed through the two main perspectives of Criminal Law, namely "*ne bis in ídem*" and the Principle of Minimal Intervention of the criminal law.

The legal right protected from urbanistic offences and town planning and order of the territory crime is the same. The difference between both administrative or criminal offences is quantitative, and on this basis only the most intolerable offences against town planning and urbanism should be considered as criminal offences. Jurisprudence has specified that the said legal right refers to the rational use of land, as a limited material resource, in a sustainable manner, and to the planning of its use in order to meet general interests.

Some Provincial Courts, on the grounds of true protection of the legal right in the material sense, do not consider a crime to have been committed despite having built on non-building land not susceptible to legalisation, if the land has not been substantially altered, such as in cases when buildings have actually been constructed on non-building land, even though it is in a built-up area.

The main problem of urbanistic crime from a theoretical point of view, is conceiving it as a blank criminal classification, whose elements pertain to Urbanistic Administrative Law, thus entailing the need for a pre-trial ruling by the contentious administrative jurisdiction, since, whether or not construction is *authorisable* must be considered a determining factor for a crime to have been

committed. Proof of this was the reform of the Criminal Code by means of Organic Law 5/2010, substituting the expression referring to construction as “unauthorised” for “*unauthorisable*”, thus highlighting that what is relevant is that the building is in accordance with urbanistic regulations and therefore susceptible to legalisation, and not whether or not there is an effective administrative act to authorise it.

Jurisprudence in different Provincial Courts has been providing content to typical urbanistic crime conduct, compiling case histories of works and constructions which, since they are not *authorisable* from a town-planning point of view, they are subject to criminal prosecution (prefabricated houses, swimming pools, tool sheds, etc.).

The perpetrator of urbanistic crimes is also a rather controversial subject, since the criminal offence refers to “*the developers, constructors or site technicians*”. Doctrine and jurisprudence question if it is a specific special crime, referring to construction professionals. In this respect, jurisprudence concludes that there is only a special crime in the case of site technicians, who will always be required to hold the relevant academic title to accredit their professional qualification. Otherwise, it will not be considered a special crime in the case of developers or constructors, since they are not required to have any special professional qualification. This consideration lays the grounds for cases in which criminal prosecution could be excessive, such as the case of a “DIY builder” who builds his own house using his own means without causing serious damage to the order of the territory, and would be more in line with the principle of minimal intervention and subsidiarity of Criminal Law, and ultimately, the principle of proportionality, thereby leading to an administrative fine.

Although the most difficult question is on the need for a ruling by a criminal judge on demolition of “*unauthorisable*” illegal constructions, on which there are contradictory opinions by the different Provincial Courts, meaning that criteria needs to be standardised by the Supreme Court, which has chosen to establish demolition of the construction as a general rule, since effective demolition is an indispensable requirement to restore the violated site to legal town planning, and consequently to provide ultimate protection of the legal right.

The problem itself is to ensure effective demolition of the illegal work actually takes place, since in most cases judges do not execute the civil ruling on returning the site to legality, as contained in the sentence, limiting such to referral to the

relevant Town Hall who will not carry it out either. This could be for political reasons caused by a fall in popularity among the constituents, or because they lack budgeted financial resources to carry out demolition on behalf of the liable party. In order to achieve true protection of order of the territory and town planning, avoiding illegal buildings to perpetuate over time, coordinating activity by the administrative and judicial authorities is necessary to guarantee effective execution of demolition orders, without either of the said authorities being able to neglect their functions and competences.

From the critical point of view of criminal policy, the effectiveness of classifying urbanistic infractions is valued for the purposes of general prevention inherent to the Criminal Code, consisting of deterring proliferation of illegal buildings on non-development land or special protection, emphasising other alternatives that could be more effective to punish this type of conduct, such as strengthening measures that guarantee the effective authority of the Administration and reserving criminal punishment for the more serious offences against the order of the territory and town planning.

Key words: Crime against the order of the territory and town planning, illegal construction, urbanistic infraction, demolition, forced execution.

ÍNDICE GENERAL

AUTORIZACIÓN DE LOS DIRECTORES

AGRADECIMIENTOS

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

ABSTRACT AND KEYWORDS

ÍNDICE GENERAL

ABREVIATURAS

I.- INTRODUCCIÓN.....	27
II.- OBJETIVOS	33
2.1.- OBJETIVO GENERAL	33
2.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS	33
III.- METODOLOGÍA.....	41
IV.- ESTADO DE LA CUESTIÓN	49
V.- TIPIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y PENAL DE LA OBRA SIN LICENCIA	65
5.1.- PRINCIPIO “NE BIS IN ÍDEM”	65
5.1.1.- Concepto y contenido: doctrina constitucional.....	65
5.1.2.- Fundamento.....	71
5.1.3.- Regulación en Derecho Administrativo	73

5.1.4.- Duplicidad de procedimientos administrativo y penal	76
5.2.- PROBLEMÁTICA DE LA LEY PENAL EN BLANCO	82
5.2.1.- La ley penal en blanco y el principio de la legalidad penal.....	82
5.2.2.- Requisitos de la ley penal en blanco	85
5.2.3.- Los delitos urbanísticos como leyes penales en blanco.....	86
5.3.- PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA O MÁXIMA	91
5.3.1.- Configuración del Principio de intervención mínima del Derecho Penal	91
5.3.2.- El Principio de intervención mínima y los delitos urbanísticos.....	100
5.4.- BIEN JURÍDICO.....	109
5.4.1.- Ordenación del territorio y Urbanismo	109
5.4.2.- Bien jurídico de los Delitos sobre la Ordenación del territorio y Urbanismo	117
5.4.3.- Doctrina jurisprudencial sobre el bien jurídico protegido por los delitos urbanísticos	126
5.4.4.- Diferencia cuantitativa entre infracción urbanística y delito sobre la ordenación del territorio	131
VI.- LA CONSTRUCCIÓN ILEGAL COMO DELITO EN EL CP DE 1995.....	137
6.1.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.....	137
6.1.1.- Proyecto de Ley Orgánica del CP de 1980.....	137
6.1.2.- Propuesta de nuevo Código Penal de 1983.....	137
6.1.3.- Anteproyecto de Código Penal de 1992.....	138

ÍNDICE GENERAL	21
6.1.4.- Proyecto de Código Penal de 1992	138
6.1.5.- Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994	138
6.2.- ELEMENTO OBJETIVO	139
6.2.1.- Ejecución de obras de urbanización, construcción o edificación	140
6.2.2.- Carácter no autorizable de las obras de urbanización, construcción o edificación	160
6.2.3.- Tipo Básico: Suelo no Urbanizable	175
6.2.4.- Tipo Agravado. Art. 319.1: Ejecución de una obra no autorizable en suelo con valor social, medio ambiental, artístico, histórico o cultural	182
6.3.- SUJETO ACTIVO: PROMOTOR, CONSTRUCTOR O TÉCNICO DIRECTOR.....	188
6.4.- ELEMENTO SUBJETIVO: DOLO Y ERROR	199
6.5.- DISPOSICIÓN COMÚN. ART. 319.3: DEMOLICIÓN DE LA OBRA Y RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD	209
VII.- CONCLUSIONES.....	245
VIII.- BIBLIOGRAFÍA	265
8.1.- BIBLIOGRAFÍA	265
8.2.- FUENTES JURÍDICAS	269
8.3.- JURISPRUDENCIA.....	272

ABREVIATURAS

- CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- CE: Constitución Española de 1978.
- Ley 30/1992: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- LPACAP: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- TRLSRU: Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.
- TRLSRM: Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia.
- LOTURM: Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia.
- LOE: Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.
- TRLS: Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo.
- LCEur: Legislación de las Comunidades Europeas.
- ETE: Estrategia Territorial Europea.
- DU: Disciplina Urbanística.
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.
- Art: Artículo.
- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- BORM: Boletín Oficial de la Región de Murcia.

- ZEPA: Zonas declaradas de especial protección de aves.
- LIC: Lugares de importancia comunitaria.

I

INTRODUCCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal de 1995 tipifica por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la figura de los delitos sobre la ordenación del territorio, pretendiendo con ello erradicar la proliferación incontrolada de construcciones ilegales en suelo no apto para la edificación, ante la ineficacia manifiesta de la potestad sancionadora de la Administración en esta materia. Habiendo transcurrido un cuarto de siglo desde la introducción legislativa en nuestro ordenamiento jurídico penal de estos tipos delictuales, se considera tiempo suficiente como para poder valorar las consecuencias que dicha tipificación ha tenido sobre la efectiva protección del bien jurídico amparado por estos delitos y, en especial, sobre la consecución de los fines de prevención general que toda pena debe cumplir y, que en este caso vendrían representados por la no ejecución de construcciones ilegales, por lo que en la presente Tesis se procederá al estudio de la cuestión mediante el análisis de la dispar jurisprudencia dictada por los distintos tribunales con jurisdicción en el territorio español.

Como consecuencia del estudio realizado en la presente tesis se conseguirá un importante aporte científico en la materia que se puede sintetizar en los siguientes puntos:

- La respuesta penal al fenómeno de las construcciones ilegales es relativamente reciente, ya que los delitos sobre la ordenación del territorio se incorporan a nuestro Derecho Penal con el CP de 1995, por lo que con el estudio de la jurisprudencia recaída en estos 25 años se puede valorar los efectos de su tipificación penal desde el punto de vista de la prevención general y especial de la pena.

- Permitirá valorar la procedencia de la tipificación penal de un ilícito propiamente administrativo, como lo es la ejecución de una obra sin licencia, teniendo para ello en cuenta el Principio de intervención mínima de Derecho Penal, según el cual únicamente deberán ser considerados como delito aquellos atentados contra la ordenación del territorio más aberrantes e intolerables, lo que *a priori* debería excluir aquellas obras de escasa entidad constructiva o que

no supongan un menoscabo grave para la ordenación del territorio y el urbanismo.

La presente Tesis Doctoral tiene por objeto abordar la problemática de las construcciones realizadas sin licencia de obras, en especial aquellas de carácter residencial, supuesto tan frecuente en la práctica y en nuestro entorno geográfico, donde proliferan numerosas casas construidas en terrenos de huerta que no sólo no disponen de la preceptiva licencia de obras, sino que no son susceptibles de legalización por haberse realizado en Suelo Rural donde los usos residenciales están prohibidos por el planeamiento urbanístico. El primer tema, a tratar en relación con las construcciones ilegales, será qué tipo de reproche merecen dichas infracciones si administrativo o penal, a este respecto debe tenerse en cuenta que los delitos sobre la ordenación del territorio son relativamente recientes, ya que se tipifican en Derecho Penal español por primera vez en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre por la que se aprueba el Código Penal vigente en la actualidad. Como se examinará con detalle a lo largo de la Tesis el bien jurídico protegido por la infracción urbanística y por el delito sobre la ordenación del territorio es el mismo, la diferencia entre ambos ilícitos administrativo y penal es cuantitativa, por lo que sólo revestirán la consideración de delitos aquellos atentados contra el urbanismo y la ordenación del territorio que revistan mayor gravedad. Esta coincidencia de bien jurídico protegido conllevará el estudio de dos Principios Generales del Derecho de suma importancia como son el Principio de intervención mínima que inspira el Derecho Penal, según el cual sólo deberán tipificarse como delitos sobre la ordenación del territorio aquellas infracciones urbanísticas que representen los atentados más graves contra el mismo y respecto de las cuales la potestad sancionadora de la Administración se muestre insuficiente, y el Principio "ne bis in ídem" el cual impide que un mismo hecho pueda ser sancionado penal y administrativamente en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento jurídico, lo que imposibilita la duplicidad de sanciones por los mismos hechos constitutivos de infracción urbanística y de delito sobre la ordenación del territorio cuando se den las tres identidades mencionadas.

También se hará mención a la duplicidad de procedimientos administrativo y judicial penal, así como a la prevalencia de la jurisdicción penal sobre la administrativa. En los supuestos de construcciones realizadas sin licencia la potestad sancionadora de la Administración está subordinada a la actuación de los

tribunales, así cuando en los hechos constitutivos de la infracción urbanística se aprecien indicios de delito, la Administración los deberá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal, suspendiendo la resolución del procedimiento administrativo hasta que recaiga resolución judicial. Otro aspecto que será tratado con especial atención es el referente a la compatibilidad entre los delitos contra la ordenación del Territorio y el Principio de Legalidad, toda vez que como ya se ha indicado anteriormente el bien jurídico protegido por los citados delitos es el urbanismo y la ordenación del territorio, conceptos ambos que se delimitan por el Derecho Administrativo lo que hace que estos delitos se configuren como una ley penal en blanco cuya conducta típica se define por remisión a leyes urbanísticas, que a su vez pueden remitir incluso a reglamentos como es el caso de las ordenanzas municipales de uso de suelo y edificación, al ser el urbanismo una competencia de carácter esencialmente local desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo. En relación con los delitos sobre la ordenación del territorio se estudiarán analíticamente tanto el Tipo Básico, previsto en el Art. 319.2 del CP consistente en la ejecución de una obra no autorizable en suelo no urbanizable, como el Tipo Agravado, regulado en el Art. 319.1 del CP referente a la ejecución de una obra no autorizable en suelo con valor social, medio ambiental, artístico, histórico o cultural. La Tesis estudiará con especial detalle la Disposición Común al Tipo Básico y Tipo Agravado del delito sobre la ordenación del territorio regulada en el Art. 319.3 del CP consistente en la potestad del juez de acordar la demolición de la obra construida sin licencia y el restablecimiento de la legalidad infringida. Para ello se analizará desde una perspectiva crítica la oportunidad de que dicho restablecimiento de la legalidad urbanística sea acordado por la autoridad judicial o por la autoridad administrativa, al ser la Administración la responsable de velar por el cumplimiento de las normas de ordenación territorial y urbanística. A tal fin se estudiará la demolición de lo ilegalmente construido atendiendo a su naturaleza jurídica civil, lo que conlleva que la demolición al formar parte de la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito se rija por las normas propias del Derecho privado. En relación con la posibilidad de que el juez penal acuerde la demolición de lo ilegalmente construido se hará un análisis de las distintas posiciones jurisprudenciales que encontramos en el ordenamiento jurídico español. En este sentido, el Tribunal Supremo acuerda dicha demolición como regla general, sin tener en consideración la existencia de otras construcciones

similares en la zona para así no perpetuar situaciones de ilegalidad urbanística y evitar la construcción de nuevas viviendas. Por el contrario en la jurisprudencia que emana de las sentencias dictadas por las distintas Audiencias Provinciales encontramos posturas afines a la doctrina del Tribunal Supremo partidarias de acordar la demolición en todo caso y sin embargo otras Audiencias Provinciales como es el caso de la Audiencia Provincial de Murcia acuerdan la no demolición de lo ilegalmente construido en base a criterios tales como la existencia de otras construcciones similares en la zona, que se trate de una zona consolidada provista de los servicios urbanísticos básicos, que no afecte a viales, ni a bienes de dominio público, ni a zonas de valor artístico o histórico ni de protección especial, etc. derivando a la Administración la responsabilidad de acordar la demolición en el caso de estimarlo procedente, en su condición de entidad competente para velar por el cumplimiento de la normativa urbanística. También se hará mención en la tesis a la previsión recogida en el Art. 319.4 del CP que establece la responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos sobre la ordenación del territorio, extremo novedoso ya que se introdujo por primera vez en Derecho Penal Español por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Esta modificación supone el abandono del Principio General de nuestro Derecho que con fundamento en el aforismo romano “societas delinquere non potest” consideraba que únicamente podían tener la condición de delincuentes las personas físicas y no así las personas jurídicas, de cuyos actos responderían sus representantes.

II

OBJETIVOS

II. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVO GENERAL

1. Analizar las repercusiones jurídicas que tiene la construcción ilegal como delito.

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Analizar la oportunidad de que los atentados contra la ordenación del territorio se sancionen únicamente en vía administrativa o si es necesario también un reproche penal de dichas conductas.
2. Describir el Principio "*ne bis in ídem*" que imposibilita la duplicidad de sanciones a un sujeto por los mismos hechos constitutivos de infracción urbanística y de delito sobre la ordenación del territorio, cuando se dé identidad de sujeto, hecho y fundamento jurídico.
3. Determinar el Bien jurídico protegido por los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo para analizar aquellos supuestos en los que sí sea posible la sanción penal y administrativa de un mismo sujeto por unos mismos hechos cuando se trate de distintos bienes jurídicos protegidos por la norma penal y administrativa.
4. Analizar la conveniencia de que deba revestir el carácter de delito toda infracción urbanística o únicamente aquellas de mayor gravedad.
5. Deliberar sobre aquellos supuestos en los que en la práctica la sanción pecuniaria impuesta por los tribunales penales es más favorable para el infractor que la derivada de la infracción urbanística, aun siendo esta última una infracción de menor entidad.

6. Diferenciar la entidad de las distintas infracciones de la ordenación urbanística, así no se deberá sancionar del mismo modo a la promotora inmobiliaria que realiza una macrouurbanización con ánimo de lucro, que al particular que realiza una vivienda unifamiliar como autopromotor.
7. Indagar el delito sobre la ordenación del territorio como un delito especial propio cuyo sujeto activo viene referido a *“los promotores, constructores o técnicos directores”*, con especial consideración a la figura del *“promotor”* y *“constructor”*, estudiando si debe entenderse referido a un profesional de la construcción o si incluye también a cualquier persona que con medios propios o ajenos lleve a cabo obras sin ser profesional de la construcción.
8. Distinguir a efectos de sanción aquellas construcciones ilegales que realmente supongan un atentado contra la ordenación del territorio y del medio ambiente de aquellas otras que aun no siendo legalizables por haberse realizado en Suelo Rural no supongan una degradación del mismo, por carecer éste de valores medioambientales o por existir otras construcciones similares en el entorno.
9. Valorar en los casos de infracciones contra la ordenación del territorio la oportunidad de tramitar dos procedimientos paralelos, uno administrativo sancionador y otro penal para sancionar una misma conducta, con el coste económico que ello conlleva y la ralentización de la respuesta sancionadora.
10. Analizar la obligación del juez de acordar la demolición de lo ilegalmente construido en los supuestos en que la construcción no sea legalizable y afecte a un espacio protegido con estudio de la jurisprudencia contradictoria de del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales existente al respecto.
11. Estudiar la obligación de la Administración de suspender el procedimiento administrativo sancionador que instruya por infracción urbanística o contra

la ordenación del territorio cuando aparezcan indicios del carácter de delito poniendo el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos de exigencia de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores, absteniéndose la Administración de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado.

12. Valorar la competencia de la Administración para ordenar la demolición de lo ilegalmente construido una vez que la autoridad judicial penal haya dictado una sentencia condenatoria por apreciar la comisión del delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.
13. Delimitar el Bien jurídico protegido por los delitos sobre la ordenación del territorio, de manera que se pueda compatibilizar la pena con sanciones administrativas de otra índole sin vulnerar con ello el Principio "*ne bis in idem*".
14. Acotar las limitaciones de la remisión a la normativa urbanística de la conducta típica de los delitos sobre la ordenación del territorio como ley penal en blanco, con el fin de que no se vulnere el Principio de Legalidad en Derecho Penal.
15. Valorar la posibilidad de reforzar la eficacia de la potestad sancionadora de la Administración en los casos de infracciones urbanísticas, para que la intervención de la justicia penal sea excepcional.
16. Estudiar el importe de la sanción económica en vía penal y administrativa, proponiendo posibles modificaciones para que dicha sanción sea acorde a la gravedad del ilícito cometido.

17. Realizar un análisis del sujeto activo de los delitos sobre la ordenación del territorio y su procedencia de configurarlo como un delito especial propio referido a un profesional de la construcción.
18. Estudiar la consideración de la mayor celeridad y menores costes económicos que conllevaría la tramitación de un único procedimiento en los supuestos de ilícitos urbanísticos.
19. Describir en el caso de que se mantenga la tramitación de los dos procedimientos paralelos uno administrativo sancionador y otro penal para sancionar, el estudio del momento en que la Administración debe paralizar su procedimiento y posibilidad de la misma de reanudarlo una vez que el juez penal determine la no existencia de delito, si ha transcurrido el periodo de tiempo suficiente para que la infracción urbanística estuviera prescrita.
20. Realizar un análisis comparado de la jurisprudencia contradictoria emanada del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales en relación a la potestad del juez penal de acordar la demolición de lo ilegalmente construido
21. Detallar la posibilidad de que la Administración recupere la competencia para demoler lo ilegalmente construido una vez que la autoridad judicial penal haya dictado una sentencia condenatoria en la que no acuerde el restablecimiento del orden infringido.
22. Valorar la responsabilidad de la Administración por su política excesivamente permisiva al no acordar en la mayoría de los supuestos la demolición de las construcciones ilegales, lo que lejos de disuadir a los infractores favorece la proliferación de estos ilícitos.
23. Realizar un Examen de la procedencia de acordar la demolición de lo ilegalmente construido en los casos de viviendas adquiridas por terceros de

buena fe, para el caso de que el sujeto activo del delito no preste la garantía económica que asegure el pago de la indemnización a esos terceros por la pérdida de la vivienda.

III

METODOLOGÍA

III. METODOLOGÍA

En la presente tesis se emplearán los siguientes métodos de investigación.

Desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la tesis se trata de una investigación **pura o básica**, consistente en trabajos experimentales o teóricos que se emprenden principalmente para obtener nuevos conocimientos acerca de los fundamentos de los fenómenos y hechos observables, sin darles ninguna aplicación determinada. La finalidad la investigación científica pura es ampliar y profundizar el conocimiento de la realidad. Este tipo de investigación busca el conocimiento sin pensar en sus posibles aplicaciones prácticas, siendo su objetivo ampliar y profundizar en el saber de la realidad para construir un saber científico. A través de la investigación científica se obtienen generalizaciones cada vez mayores (hipótesis, leyes, teorías, etc.) con miras a formulaciones hipotéticas de posible aplicación posterior. En el presente caso se estudiará el fundamento de la punibilidad de los ilícitos urbanísticos para a partir de él desarrollar teorías que permitan valorar la oportunidad de que dichos ilícitos revistan el carácter de delito y las posibles consecuencias jurídicas de los mismos.

Atendiendo al nivel de conocimientos que se adquieren a través de la tesis será **descriptiva y explicativa**.

La investigación será **descriptiva** porque la tesis realizará una caracterización de las infracciones urbanísticas y de los delitos sobre la ordenación del territorio identificando sus rasgos más peculiares o diferenciadores. El objetivo de la investigación descriptiva consiste en llegar a conocer las situaciones, costumbre y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas. Para ello se examinarán las características del fenómeno de las construcciones ilegales, se definirá y formularán hipótesis sobre su posible sanción y la eficacia de la misma. Para ello se seleccionarán los temas y las fuentes apropiadas, seleccionando las técnicas para la recolección de datos, con un predominio de la casuística obtenida de la jurisprudencia recaída en estos casos. Los datos obtenidos se clasificarán de manera que se adecúen al objeto de la investigación de manera que permita examinar las semejanzas, diferencias y

relaciones existentes entre las infracciones urbanísticas y de los delitos sobre la ordenación del territorio, para obtener de su observación datos claros y precisos, que permitan formular conclusiones jurídicas al respecto. Estos datos descriptivos se expresarán en términos cualitativos mediante símbolos verbales y no matemáticos.

Así mismo será una investigación de tipo **explicativa** ya que analizará las causas que dan lugar a las construcciones ilegales y de los efectos de su castigo como infracciones urbanísticas o como delito sobre la ordenación del territorio. Para ello se analizará el fenómeno de los dispuestos supuestos que pueden dar lugar a la realización de construcciones sin licencia y se explicará dicho fenómeno como una deducción obtenida del conjunto de premisas representado por leyes, generalizaciones y otros enunciados que expresan regularidades que tienen que acontecer.

Por lo que respecta a las características de los métodos utilizados para obtener los datos de la investigación la misma será **documental o bibliográfica**, ya que se fundamenta en documentos obtenidos de fuentes bibliográficas (consulta de libros), hemerográficas (artículos o ensayos de revistas jurídicas y periódicos) y archivísticas (autos judiciales y expedientes administrativos). La investigación seguirá un proceso sistemático y secuencial de recolección, selección, clasificación, evaluación y análisis de contenido del material empírico impreso y gráfico, físico y/o virtual que servirá de fuente teórica, conceptual y metodológica para la investigación científica referente a las consecuencias jurídicas de la ejecución de una construcción ilegal. Para ello se utilizarán como fuentes manuales, monografías, artículos científicos, sentencias, páginas webs de contenido jurídico, etc. aplicando técnicas de análisis, síntesis, deducción para realizar un proceso de abstracción científica, generalizando sobre la base de lo fundamental. Las fuentes bibliográficas o documentales se han seleccionado atendiendo a criterios de pertinencia, exhaustividad y actualidad.

En cuanto al método utilizado la investigación será **analítica y deductiva**. La metodología será **analítica** basada en una investigación descriptiva ligada a los datos de estadística y control, con el fin de generar una hipótesis sobre un hecho ocurrido. Igualmente, la investigación será **deductiva** que parte de conclusiones generales para obtener la explicación del caso particular. Así, en la tesis se partirá

de los Principios Generales del Derecho Penal y del Derecho Administrativo sancionador para aplicarlo a los supuestos concretos de las construcciones ilegales.

Por las características externas de las fuentes de la investigación ésta será **primaria** ya que ofrece un testimonio o evidencia directa sobre el tema de investigación, siendo escrita durante el tiempo que se está estudiando y ofreciendo un punto de vista desde adentro del evento en particular o periodo de tiempo que se está estudiando, para lo que se consultaran tesis, libros, nomografías, artículos de revista, manuscritos, etc.

En cuanto al sistema de elaboración de citas y referencias bibliográficas contenidas en la tesis las mismas se realizaran siguiendo el estilo **Harvard**, utilizando una forma abreviada de la referencia bibliográfica a la fuente de la cita (los apellidos de los autores, el año de edición y opcionalmente las páginas citadas) inmediatamente después del material citado dentro del texto y relacionando las referencias completas ordenadas alfabéticamente en una sección aparte al final de la tesis bajo la rúbrica "*Fuentes Bibliográficas*".

Finalmente, la metodología de la investigación también será **empírica** observando para ello casos reales de construcciones realizadas sin licencia y la respuesta dada a los mismos por la Administración y por los jueces penales, para una mejor comprensión del supuesto y de sus consecuencias, verificando la aplicación de las normas y teorías jurisprudenciales a las realidades constructivas existentes.

En cuanto al método seguido en la presente investigación, se puede determinar que la metodología empírica ha sido la llevada a cabo para la realización del presente estudio jurídico - criminológico.

Toda la serie de procedimientos prácticos que se han llevado a cabo, han tenido como misión de la investigación permitir evidenciar las características fundamentales y relaciones fundamentales del objeto de estudio de la presente Tesis Doctoral.

Este método de investigación empírica representa un nivel en el proceso de investigación cuyo contenido procede fundamentalmente de la documentación², el

² GINER ALEGRÍA, C. A., Teorías Criminológicas. Criminología, derecho penal y derechos humanos, Ed. Aranzadi, (Navarra), 2013, pág. 85.

cual es sometido a cierta elaboración racional para expresarlo de una forma determinada orientada a su estudio y comprensión.

En cuanto a las fases del método de investigación llevado a cabo podemos distinguir:

1. Formulación de un problema.
2. Recogida de datos.
3. Análisis de los datos.
4. Resultados de los análisis.

Las técnicas de investigación, como procedimientos metodológicos y sistemáticos, e instrumento que nos permiten alcanzar el conocimiento a través de la recogida de información³, utilizadas para la realización del presente estudio han sido:

1. La observación: Como procedimiento primitivo en las técnicas de investigación, amén de ser el más usado, es considerado el procedimiento empírico por naturaleza.
Esta técnica consiste en la observación del fenómeno para tomar información y posteriormente registrarla para ser analizada.
Se trata de una observación indirecta, ya que nos valemos de las observaciones hechas por otros anteriormente; no participante, puesto que se realiza una recogida de la información desde “fuera” del fenómeno investigado; y estructurada, ya que se usan medios técnicos como fichas, cuadros o tablas.
2. La recopilación documental: Se trata de un instrumento o técnica de investigación general, la cual hace uso de datos obtenidos de fuentes documentales con el fin de ser utilizados en una investigación concreta.
De entre la amplia variedad de documentos utilizables en una investigación, destacamos como los más usados en el presente trabajo

³ GINER ALEGRÍA, C. A., *Teorías Criminológicas...*, op, cit., pág. 88.

los siguientes: Documentos escritos, como fuentes históricas y revistas científicas.

3. El análisis de contenido: En esta técnica lo que se pretende es una descripción objetiva, sistemática y cuantitativa del contenido de las publicaciones consultadas e investigadas.
4. Las escalas de mediciones: Estas herramientas de investigación son utilizadas para observar y medir características diversas de los fenómenos sociales de forma imparcial.

IV

ESTADO DE LA CUESTIÓN

IV.- ESTADO DE LA CUESTIÓN

Como se ha indicado anteriormente, los delitos sobre la ordenación del territorio se tipifican por primera vez en Derecho Penal español en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los Artículos 319 y 320⁴, por lo que habiendo transcurrido ya un cuarto de siglo de su incorporación al ordenamiento jurídico español, se considera un momento idóneo para analizar la efectividad de la tipificación penal de dicha conducta, a los efectos básicos de política criminal de prevención general y especial.

La ubicación sistemática de los delitos urbanísticos en el Capítulo I del Título XVI del Libro II no es cuestión baladí ya que en dicho Título XVI bajo la rúbrica *“De los Delitos relativos a la Ordenación del Territorio y el Urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente”* se regulan junto a los delitos urbanísticos, los delitos sobre el patrimonio histórico⁵, los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente⁶ y los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos⁷.

La opción elegida por el legislador a la hora de determinar la ubicación sistemática de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo pone de manifiesto que equipara la protección de la ordenación urbanística a valores constitucionalmente protegidos tan importantes como el patrimonio histórico, los recursos naturales, el medio ambiente y la flora y fauna. Esta regulación evidencia la creciente preocupación de los Estados modernos en materia medioambiental

⁴ El Art. 319 recoge el Tipo Básico y Tipo Agravado castigando a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables y el Art. 320 recoge un tipo de prevaricación específica en el ámbito de las actuaciones urbanísticas.

⁵ Capítulo II “De los delitos sobre el patrimonio histórico”, Arts. 321 a 324 del CP.

⁶ Capítulo III “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, Arts. 325 a 331 del CP.

⁷ Capítulo IV “De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos”, Arts. 332 a 337 bis del CP.

debida en gran parte a las nefastas consecuencias del *boom inmobiliario* que conllevó durante las décadas de los años ochenta y noventa del siglo pasado que proliferaran construcciones al margen de la legalidad y sin ningún tipo de control administrativo ni judicial, actuaciones que en muchas ocasiones derivaron en la comisión de graves aberraciones urbanísticas irreparables en parajes naturales que no son susceptibles de edificación por su especial protección.

La reforma del Código Penal operada mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio⁸ modifica la rúbrica originaria del Capítulo I del Título XVI del Libro II, (*“De los delitos sobre la ordenación del territorio”*) pasando a denominarlos *“De los Delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo”*. Esta modificación de la rúbrica del Capítulo inicialmente referido a los delitos contra la ordenación del territorio para ampliar su protección al urbanismo, evidencia que se hace necesario una protección específica de los distintos conceptos de naturaleza urbanística que puedan ser lesionados por estos tipos delictivos, introduciendo la mención específica a términos tales como obras de urbanización, instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización o proyectos de reparcelación.

En un primer momento, la tipificación de los delitos sobre la ordenación del se fundamentó en el reconocimiento constitucional del *“derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”* efectuado por el Art. 45 de la CE⁹. De manera indirecta también se encuadraron en el marco constitucional bajo la protección de la ordenación del territorio contenida en el Artículo 47 CE¹⁰ al exigir la utilización racional del suelo en base al interés

⁸ L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio de 2010). Vigente desde 23 diciembre 2010.

⁹ Artículo 45 CE: *“1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.”*

¹⁰ Artículo 47 CE: *“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas*

general, y con el fin de potenciar la calidad de vida.

Así las cosas, el bien jurídico protegido en las infracciones de la normativa urbanística y de ordenación del territorio se encuentra íntimamente unido al derecho al medio ambiente y al derecho al paisaje los cuales se ven alterados gravemente como consecuencia de la existencia de construcciones ilegales.

El Tribunal Constitucional (Pleno) en Sentencia núm. 102/1995 de 26 junio¹¹ reconoce esta vinculación entre el medio ambiente, el paisaje y el urbanismo en los siguientes términos

“el medio ambiente como objeto de conocimiento desde una perspectiva jurídica, estaría compuesto por los recursos naturales, concepto menos preciso hoy que otrora por obra de la investigación científica cuyo avance ha hecho posible, por ejemplo, el aprovechamiento de los residuos o basuras, antes desechables, con el soporte físico donde nacen, se desarrollan y mueren. La flora y la fauna, los animales y los vegetales o plantas, los minerales, los tres «reinos» clásicos de la Naturaleza con mayúsculas, en el escenario que suponen el suelo y el agua, el espacio natural. Sin embargo, ya desde su aparición en nuestro ordenamiento jurídico el año 1916, sin saberlo, se incorporan otros elementos que no son naturaleza sino Historia, los monumentos, así como el paisaje, que no es sólo una realidad objetiva sino un modo de mirar, distinto en cada época y cada cultura.”

Concluyendo el supremo intérprete de la Constitución que

“el carácter complejo y polifacético propio de las cuestiones relativas al medio ambiente hace que éstas afecten a los más variados sectores del ordenamiento jurídico (STC 64/1982). Ello explica que la competencia estatal sobre esta materia converja o concurra poliédricamente con otras muchas autonómicas sobre ordenación del territorio y urbanismo, agricultura y ganadería, montes y aguas y caza y pesca.”

Como se ha indicado anteriormente, si en un primer momento se basó la protección penal de las vulneraciones contra la ordenación del territorio en los

pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.”

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 26 de junio de 1995, núm. 102/1995, Ponente: Don Rafael de Mendizábal Allende.

derechos constitucionales a un medio ambiente adecuado y en la necesaria utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, reconocidos en los Artículos 45 y 47 de la CE de 1978, respectivamente, con carácter más reciente se fundamenta la tipificación de dichas conductas en el derecho al paisaje o a un desarrollo sostenible reconocidos entre otros textos internacionales en el Convenio Europeo del Paisaje¹² y en la Directiva sobre responsabilidad medioambiental¹³.

El Convenio Europeo del Paisaje fue suscrito en Florencia (Italia), el 20 de octubre de 2000, entró en vigor una vez ratificado por diez Estados signatarios miembros del Consejo de Europa, el día 1 de marzo de 2004. El Gobierno de España ratificó el citado Convenio el 26 de noviembre de 2007, entrando en vigor en nuestro país el 1 de marzo de 2008. En el Preámbulo del Convenio se hace referencia a la vinculación de paisaje con la ordenación urbanística, estableciendo en el Art. 1 apartado a) una definición legal del paisaje entendiendo por tal *“cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos”*.

Por su parte la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, regula la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Dicha directiva fue transpuesta al Derecho Español mediante la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental¹⁴ publicada en el BOE núm. 255 de 24 de Octubre de 2007, entrando en vigor el 25 de Octubre de 2007. En el Preámbulo (Apartado I) de la Ley 26/2007, con base en el principio de que *“quien contamina paga”* se configura la responsabilidad medioambiental como una responsabilidad ilimitada que obliga a reparar el daño causado devolviendo los recursos naturales dañados a su estado original, lo que conlleva la necesidad de demolición de cualquier

¹² Convenio Europeo del Paisaje suscrito en Florencia, Italia, el 20 de octubre de 2000, que entró en vigor una vez ratificado por diez Estados signatarios el día 1 de marzo de 2004.

¹³ Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

¹⁴ Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

construcción que lesione el medio ambiente. Asimismo, la citada Ley configura la responsabilidad medioambiental como una responsabilidad de carácter objetivo en la que las obligaciones de reparar el daño medioambiental se imponen al operador con independencia de que su actuación haya sido dolosa o negligente, lo que conlleva la obligación de demoler las construcciones ilegales aún en el caso de que los adquirentes de las mismas, hayan actuado de buena fe sin conocimiento de su carácter ilegal.

Así, la protección real de la orografía del paisaje exige que la demolición de las construcciones ilegales sea una realidad, no bastando para ello la condena al restablecimiento de la legalidad urbanística, sino que es necesario que se proceda a la demolición de las obras ejecutadas sin licencia, llegando en su caso a la ejecución forzosa de las órdenes de demolición, bien sea por la Administración Pública o por los Juzgados y Tribunales, por lo que se prestará una especial atención en la presente tesis a la demolición efectiva de lo ilegalmente construido.

Entrando en el fondo del estudio de la tipificación penal de las construcciones sin licencia, la primera cuestión que se plantea es, desde el punto de vista del principio de oportunidad, la conveniencia de la tipificación como delito de las construcciones ilegales, en concreto si dichas conductas merecen un reproche administrativo o penal. Como se examinará con detalle más adelante, el bien jurídico protegido por la infracción urbanística y por el delito sobre la ordenación del territorio es el mismo, la diferencia entre ambos ilícitos administrativo y penal es cuantitativa, por lo que sólo revestirán la consideración de delitos aquellos atentados contra el urbanismo y la ordenación del territorio que revistan mayor gravedad. Esta coincidencia de bien jurídico protegido conllevará el estudio de dos Principios Generales del Derecho de suma importancia como son el Principio de intervención mínima que inspira el Derecho Penal, según el cual sólo deberán tipificarse como delitos sobre la ordenación del territorio aquellas infracciones urbanísticas que representen los atentados más graves contra el mismo y respecto de las cuales la potestad sancionadora de la Administración se muestre insuficiente, y el Principio "*ne bis in ídem*" el cual impide que un mismo hecho pueda ser sancionado penal y administrativamente en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento jurídico, lo que imposibilita la duplicidad de sanciones por los mismos hechos constitutivos de infracción urbanística y de delito sobre la ordenación del territorio cuando se den las tres identidades mencionadas.

A sensu contrario, sí será posible la imposición de sanción penal y administrativa a un mismo sujeto por unos mismos hechos cuando se trate de distintos bienes jurídicos protegidos por la norma penal y administrativa, como puede ser el caso de que la sanción administrativa se refiera al medio ambiente y el delito sobre la ordenación del territorio a la legalidad urbanística.

Como consecuencia necesaria de la doble incriminación administrativa y penal de las construcciones ilegales se produce la duplicidad de procedimientos administrativo y judicial penal, cuya concurrencia se va a dirimir aplicando el principio de prevalencia de la jurisdicción penal sobre la administrativa. En los supuestos de construcciones realizadas sin licencia la potestad sancionadora de la Administración está subordinada a la actuación de los tribunales, así cuando en los hechos constitutivos de la infracción urbanística se aprecien indicios de delito, la Administración los deberá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal, suspendiendo la resolución del procedimiento administrativo hasta que recaiga resolución judicial.

Asimismo, otra consecuencia de la íntima relación existente entre las infracciones urbanísticas y los delitos contra la ordenación del territorio, es la relativa a la compatibilidad de los citados delitos con el respeto Principio de Legalidad, toda vez que como ya se ha indicado anteriormente el bien jurídico protegido por los citados delitos es el urbanismo y la ordenación del territorio, conceptos ambos que se delimitan por el Derecho Administrativo lo que hace que estos delitos se configuren como una ley penal en blanco cuya conducta típica se define por remisión a leyes urbanísticas, que a su vez pueden remitir incluso a reglamentos como es el caso de las ordenanzas municipales de uso de suelo y edificación, al ser el urbanismo una competencia de carácter esencialmente local desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo¹⁵.

La tipificación de los delitos sobre la ordenación del territorio contenida en el CP de 1995 diferencia el Tipo Básico, previsto en el Art. 319.2 consistente en la ejecución de una obra no autorizable en suelo no urbanizable, del Tipo Agravado, regulado en el Art. 319.1, referido a la ejecución de una obra no autorizable en suelo

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 20 de marzo de 1997, núm. 61/1997, Ponentes: D. Enrique Ruiz Vadillo y D. Pablo García Manzano. BOE N^o 99, Suplemento, de 25 de abril de 1997, anuncio N^o 8872.

con valor social, medio ambiental, artístico, histórico o cultural.

El CP de 1995 castiga como autores de un delito sobre la ordenación a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables, distinguiendo que sea en el suelo no urbanizable para el Tipo Básico o en suelos que tengan mayor valor social, medio ambiental, artístico, histórico o cultural para el Tipo Agravado.

Por lo que respecta al Tipo Básico en su redacción originaria en el CP de 1995 la conducta típica hacía referencia el Art. 319.2 del CP castigaba a “los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable.”. Esta redacción estuvo vigente desde la entrada en vigor del CP el 24 mayo 1996 hasta el 22 diciembre 2010.

Posteriormente como consecuencia de la reforma del Código Penal operada mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio vigente a partir del 23 de diciembre de 2010, se amplió la conducta típica recogida en el Art. 319.2 a “*los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.*” Esta ampliación de la conducta típica a todo tipo de obras, incluyendo las obras de urbanización y construcción aunque no constituyan una edificación. Como el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 explicita “*se amplía el ámbito de las conductas típicas a las obras ilegales o clandestinas de urbanización, ya que éstas pueden tener un mayor impacto sobre el territorio que las de mera construcción o edificación, a las que además suelen preceder.*”

Para concretar qué debe entenderse por “Suelo no urbanizable” hay que acudir a la legislación urbanística. El Suelo No Urbanizable se corresponde con el Suelo Rural definido en el Art. 21.2 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana¹⁶, que abarca las antiguas categorías de Suelo no Urbanizable (el rústico propiamente dicho) y Suelo Urbanizable (pendiente de desarrollo).

El Tipo Agravado se recoge en el Art. 319.1 del CP de 1995, consiste en realizar las obras de urbanización, construcción o edificación sobre suelos que tienen mayor valor social, medio ambiental, artístico, histórico o cultural, que

¹⁶ Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. BOE núm. 261 de 31 de Octubre de 2015.

vendrán protegidos por la correspondiente legislación especial o por el planeamiento urbanístico. Si bien en la redacción originaria del Art. 319.1 del CP de 1995, vigente desde el 24 mayo 1996 hasta el 22 diciembre 2010, la conducta típica venía referida a llevar a cabo

“una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.”

La ya citada Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio, vigente a partir del 23 de diciembre de 2010, modificó el Art. 319.1 pasando ampliando igual que el Tipo Básico a obras de urbanización, construcción o edificación y exigiendo que las mismas debían fuesen *“no autorizables”*.

Como se ha indicado anteriormente en la redacción originaria del precepto se hacía referencia a que se tratara de una construcción *“no autorizada”*, lo que fue fuertemente criticado por la doctrina al entender que se trataba de una rígida accesoria administrativa *“por el acto”* o *“de acto”*. La doctrina entendía que carecía de sentido alguno imponer una pena a quien realiza una construcción que no vulnera normativa sobre el territorio alguna y que, simplemente, adolece del requisito formal de la autorización. Concluyendo que a lo que ha de atenderse no es el acto administrativo en sí, sino la normativa que le sirve de base y si ésta no se vulnera la deficiencia formal no puede convertir en ilícito un acto irrelevante en cuanto a su potencialidad lesiva. Por este motivo, antes de la citada modificación legal del precepto, la doctrina atendiendo a una concepción material del bien jurídico, excluía del tipo penal por ausencia de lesividad aquellos edificios que en el momento de su construcción eran legalizables.

Por este motivo la LO 5/2010, atendiendo la reclamación doctrinal, sustituye la expresión *“no autorizada”* por la de *“no autorizable”*. Lo relevante es que la obra sea conforme a la normativa urbanística y por consiguiente susceptible de legalización, no a que efectivamente exista el acto administrativo concreto que autorice la misma.

Para ambos tipos básico y agravado la conducta típica consiste en la ejecución de obras de urbanización, construcción o edificación, abarcado toda clase de obra de transformación del suelo realizadas con vocación de permanencia, incluyendo

segregaciones, movimientos de tierras, excavaciones, derribos, alteraciones de elementos exteriores, etc.

Asimismo, en ambos tipos, las obras ejecutadas deben revestir el carácter de “no autorizables” por no cumplir con los requisitos exigidos por la normativa urbanística y el planeamiento vigente, no siendo susceptibles de obtener licencia mediante la tramitación de un posterior procedimiento administrativo de legalización. Las obras que sin disponer de licencia en el momento de su ejecución sean susceptibles de posterior legalización quedan fuera del tipo penal.

La condición de “no autorizable” de la obra ha sido controvertido entendiendo la doctrina mayoritaria que el mismo viene referido a que la obra sea “no legalizable” por ser contraria al planeamiento y, por tanto a la normativa urbanística vigente en el momento de su ejecución. Esta postura considera atípicas aquellas obras que careciendo de licencia o habiéndose ejecutado contraviniendo la licencia concedida, sean susceptibles de regularización mediante el correspondiente procedimiento administrativo de legalización de las mismas, por cumplir con los requisitos previstos en la normativa urbanística (Boix/Juanatey, Gómez Rivero, Górriz Royo).

Otro supuesto discutido por la doctrina es aquel caso en el que la obra no es susceptible de legalización conforme al planeamiento vigente en el momento de su realización, pero posteriormente deviene legalizable como consecuencia de la modificación del planeamiento urbanístico. Un sector de la doctrina como Gómez Rivero, entiende que al tratarse de una obra legalizable aunque sea a posteriori la conducta quedaría excluida del tipo penal. Por el contrario, hay otro sector doctrinal, como Górriz Royo, que considera que la obra no era legalizable en el momento de la realización del injusto típico, por lo que el delito se consumó no pudiendo quedar destipificado por una variación posterior del planeamiento urbanístico. Así, este sector considera que la exención de responsabilidad penal sólo sería posible a través de una causa de anulación de la pena que el legislador penal no ha creado, a diferencia de lo que sucede con otros delitos.

El sujeto activo de los delitos contra la ordenación del territorio viene referido a los promotores, constructores o técnicos directores, considerando la jurisprudencia con carácter general que se trata de un delito especial propio en el caso de los técnicos directores, respecto de los cuales siempre se les exigirá el correspondiente título académico que acredite su cualificación profesional, y no así

en el caso de los promotores o constructores, respecto de los que no se requerirá que se trate de profesionales de la construcción.

La sanción penal puede resultar desproporcionada en el caso del “auto constructor” que ejecuta las obras por sus propios medios para cubrir sus necesidades de vivienda sin causar daño grave a la ordenación del territorio ni al medio ambiente, en estos supuestos parece que sería más apropiada la sanción administrativa, por tratarse de conductas que no revisten especial gravedad ni suponen un atentado importante contra la ordenación del territorio.

Se trata de conductas esencialmente dolosas, que exigen el conocimiento de que la obra no es autorizable y de la correspondiente categoría de suelo sobre la que se ejecuta la construcción (no urbanizable para el Tipo Básico o de especial protección para el Tipo Agravado), siendo suficiente el dolo eventual. El error de tipo sólo se aprecia en casos excepcionales de particulares que acrediten que realmente desconocían que la obra no era susceptible de legalización o que desconocían que el suelo era no urbanizable o de especial protección, no apreciándose dicho error en el caso de profesionales de la construcción que por los conocimientos inherentes a su oficio se presume que lo saben.

Algunas Audiencias Provinciales dando preferencia al criterio material del bien jurídico protegido, aprecian la no existencia de delito aún en supuestos en los que se dan todos los elementos del tipo, por considerar que la conducta no constituye un atentado grave contra la ordenación del territorio y del urbanismo.

Se prevé en el Art. 319.3 del CP¹⁷ una Disposición Común al Tipo Básico y Tipo Agravado del delito sobre la ordenación del territorio, consistente en la potestad del juez para acordar la demolición de lo ilegalmente construido. Dicha potestad para acordar el restablecimiento de la legalidad urbanística tiene una naturaleza jurídica patrimonial, formando parte de la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito, la cual se rige por las normas propias del Derecho privado, no teniendo dicha medida la naturaleza jurídica de pena. Sin duda, la cuestión más problemática que se ha planteado en la práctica es la

¹⁷ Art. 319.3 CP: *“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...”*

referente a la demolición de la construcción ilegal, dificultad que se ve agravada por la concurrencia de tipificación administrativa y penal de dichas conductas, que exige desde una perspectiva crítica considerar la oportunidad de que dicho restablecimiento de la legalidad urbanística sea acordado por la autoridad administrativa o por la autoridad judicial, al ser la Administración la responsable de velar por el cumplimiento de las normas de ordenación territorial y urbanística.

En cuanto a la posibilidad de que el juez penal acuerde la demolición de lo ilegalmente construido es necesario hacer un análisis de las distintas posiciones jurisprudenciales que se encuentran en el ordenamiento jurídico español. En este sentido, el Tribunal Supremo acuerda dicha demolición como regla general, sin tener en consideración la existencia de otras construcciones similares en la zona, para no perpetuar situaciones de ilegalidad urbanística y evitar que se genere un efecto llamada que contribuya a la construcción de nuevas viviendas.

Por el contrario en la jurisprudencia que emana de las sentencias dictadas por las distintas Audiencias Provinciales existen posturas afines a la doctrina del Tribunal Supremo partidarias de acordar la demolición en todo caso, pero por el contrario otras Audiencias Provinciales, como es el caso de la Audiencia Provincial de Murcia, acuerdan la no demolición de lo ilegalmente construido en base a criterios tales como la existencia de otras construcciones similares en la zona, que se trate de una zona consolidada provista de los servicios urbanísticos básicos, que no afecte a viales, ni a bienes de dominio público, ni a zonas de valor artístico o histórico ni de protección especial, etc. derivando a la Administración la responsabilidad de acordar la demolición en el caso de estimarlo procedente, en su condición de entidad competente para velar por el cumplimiento de la normativa urbanística., quien en última instancia puede ordenar la ejecución subsidiaria de la demolición a costa del infractor.

La última reforma del Código Penal operada mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, modifica el Art. 319.3¹⁸ incluyendo la previsión para el

¹⁸Art. 319.3 CP: *“En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso*

supuesto de que los tribunales acuerden la demolición de la obra, que valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, los jueces condicionen temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. Esta nueva medida permite dejar en suspenso la orden de demolición en beneficio de los terceros adquirentes de buena fe de la vivienda construida ilegalmente ajenos a dicha ilegalidad, hasta que el promotor o constructor preste las garantías económicas que asegure el pago de la vivienda a esos terceros.

Por otra parte, el Art. 319.3 prevé que en todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar, que se regirán por lo dispuesto para las consecuencias accesorias en los Arts. 127 y ss del CP. Esta medida tiene por objeto que el beneficio obtenido por el promotor, constructor o técnico director de estas viviendas ilegales que hay que demoler revierta al Patrimonio del Estado, directamente o como resultado de su enajenación.

El Art. 319.4 del CP¹⁹ establece la responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos sobre la ordenación del territorio, extremo novedoso ya que se introdujo por primera vez en Derecho Penal Español por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, (Art. 31 bis del CP²⁰), lo que reviste especial importancia en este tipo de delitos en

de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.”

¹⁹ Art. 319.4 CP: *“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.”*

²⁰ Art. 31.1 Bis CP: *“En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:*

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

los que es habitual que el sujeto activo sea una entidad mercantil dedicada a la promoción inmobiliaria de viviendas. Esta modificación supone el abandono del Principio General de nuestro Derecho que con fundamento en el aforismo romano "*societas delinquere ne potest*" consideraba que únicamente podían tener la condición de delinquentes las personas físicas y no así las personas jurídicas, de cuyos actos responderían en todo caso sus representantes legales o quienes actuaran en el tráfico jurídico como tales.

Para que sea posible la condena de una persona jurídica como autor de un delito sobre la ordenación del territorio será necesario que el mismo sea cometido por los representantes legales y administradores de hecho o de derecho, que cometa el delito actuando en nombre o por cuenta de la persona jurídica, o que el mismo sea cometidos por quienes, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y provecho de la persona jurídica, estando sometidos a la autoridad de los representantes legales o administradores, realicen los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, atendidas las concretas circunstancias del caso.

Con carácter general se excluye como sujeto activo de estos delitos a las personas jurídicas de carácter público, así el Art. 31 quinquies del CP²¹ establece que las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso."

²¹ Art. 31 quinquies.1 CP: "*Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.*"

Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

El Capítulo I del Título XVI del Libro II del CP de 1995 concluye con la tipificación en el Art. 320²² de la figura de la Prevaricación urbanística, en la que partiendo del delito de prevaricación previsto en el Art. 404 del CP²³, establece modalidades especiales del mismo relacionadas con la intervención en actuaciones de carácter urbanístico, sancionando esta conducta con pena de prisión, lo que representa mayor pena que la prevista para el delito de prevaricación común, el cual únicamente se sanciona con pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

²² Art. 320 CP: “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 motivo 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 Artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.

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

²³ Art. 404 CP: “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.”

V

TIPIFICACIÓN

ADMINISTRATIVA Y PENAL

DE LA OBRA SIN LICENCIA

V.- TIPIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y PENAL DE LA OBRA SIN LICENCIA

5.1.- PRINCIPIO “NE BIS IN ÍDEM”

5.1.1.- Concepto y contenido: doctrina constitucional

Bajo el aforismo latino “*ne bis in ídem*” se hace referencia a un principio general del Derecho que en un primer momento no tuvo regulación legal expresa siendo únicamente desarrollado por la jurisprudencia y por la doctrina, si bien en la actualidad se encuentra recogido en numerosas normas de distinto ámbito de nuestro Derecho positivo. El principio “*ne bis in ídem*” propugna que un mismo hecho no puede ser sancionado penal y administrativamente en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento, impidiendo así que se produzca una doble sanción penal y administrativa de una conducta. En síntesis, se puede afirmar que dicho principio prohíbe la doble sanción por un mismo hecho.

Este principio, aunque no se reconoce expresamente en la Constitución Española de 1978, ha sido desarrollado por la doctrina del Tribunal Constitucional a través de reiteradas sentencias entre las que revisten especial importancia las Sentencias del Tribunal Constitucional 2/81²⁴, de 30 de enero, la 77/83²⁵ de 3 de

²⁴ La STC 2/81 de 30 de enero declaró que este principio “*supone en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones-administrativa y penal -en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración...- que justifique el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración*”.

²⁵ Según la STC 77/83, de 3 de octubre “*El mismo principio “ne bis in ídem” impone que la actuación sancionadora de la Administración no puede actuar, mientras están actuando los Tribunales en relación con los mismos hechos y debe en todo caso, respetar que actúe a posteriori, pues se violaría el Art. 25 de la Constitución española, y es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.*”

octubre y la 159/1985 de 27 de noviembre.²⁶

Se puede citar como primera configuración jurisprudencial del contenido del principio “*ne bis in ídem*”, la realizada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 2/1981 de 30 de enero, en la que establece que dicho principio implica

“en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en los que se aprecie identidad de sujeto, hechos y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración —relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc...— que justificase el ius puniendi de los Tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración”.

Siguiendo a LUZÓN CUESTA²⁷ con base en la jurisprudencia constitucional se puede afirmar que el principio “*ne bis in ídem*” se caracteriza por las siguientes notas:

○ Aun cuando el principio “*ne bis in ídem*” no se recoge expresamente en los Arts. 14 a 30 de la CE, se encuentra íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en el Art. 25 de nuestro texto constitucional.

○ Como requisitos para la aplicación del principio “*ne bis in ídem*” es necesario que concurra identidad de sujeto, hecho y fundamento jurídico, por tanto, no se da infracción del citado principio si falta coincidencia fáctica entre sanción penal y administrativa.

○ La actuación sancionadora de la Administración está subordinada a la de los Tribunales, así en los casos de conductas susceptibles de ser ilícito penal no

²⁶ La STC 159/1985 de 27 de noviembre establece: “*Es cierto que la regla “ne bis in ídem” no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral), pero no lo es menos que sí impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta.*”

²⁷ LUZÓN CUESTA, J.M.: Compendio de Derecho Penal. Parte General. Editorial Dykinson, S.L. Madrid 1996. Novena edición. pág. 50 y 51.

podrá actuar la Administración hasta que se hayan pronunciado los órganos judiciales. Asimismo, cuando la Administración actúe a posteriori deberá respetar el planteamiento fáctico realizado por los Tribunales, para no vulnerar los límites impuestos al ejercicio del poder punitivo por el Art. 25 de la CE.

o El principio “*ne bis in ídem*” admite que se puedan sancionar unos mismos hechos por autoridades de distinto orden que los contemplen desde perspectivas diferentes, lo que sí imposibilita es que autoridades del mismo orden y a través de procedimientos distintos sancionen repetidamente la misma conducta.

Esta doctrina iniciada en 1981 por el Tribunal Constitucional ha venido siendo consolidada hasta nuestros días, pudiendo citar la Sentencia 189/2013, de 7 de noviembre en la que declara:

“Tenemos reiterado, ya desde la STC 2/1981, de 30 de enero, que el principio “ne bis in ídem” veda la imposición de una dualidad de sanciones “en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento” (STC 2/1981, FJ 4; reiterado entre otras muchas en las SSTC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 234/1991, de 16 de diciembre, FJ 2; 270/1994, de 17 de octubre, FJ 5; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). La garantía de no ser sometido a bis in ídem se configura como un derecho fundamental que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3; 94/1986, de 8 de julio, FJ 4; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2; o 2/2003, de 16 de enero, FJ 3)”.

Tal dimensión ha adquirido el Principio “*ne bis in ídem*” que se ha recogido a nivel internacional en el Artículo 4 del Protocolo n.º 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²⁸, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 que lleva como título «Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces» y en que se dispone:

“1. Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud

²⁸ Instrumento de Ratificación del Protocolo núm. 7 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio núm. 117 del Consejo de Europa), Estrasburgo 22 de noviembre de 1984, Jefatura del Estado, BOE 15 octubre 2009, núm. 249, [pág. 86935].

de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.”.

La proclamación del principio “*ne bis in ídem*” en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ha conllevado el surgimiento de una importante jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se ha ido perfilando el citado principio en el ámbito europeo.

Así, en la Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3^a), al resolver el Caso Rivard contra Suiza, Sentencia de 4 octubre 2016²⁹ estableció:

“82. En consecuencia, se debe entender que el Artículo 4 del Protocolo núm. 7 prohíbe perseguir o juzgar a una persona por una segunda “infracción” en la medida en que ésta tenga su origen en unos hechos idénticos o en unos hechos que son esencialmente los mismos.”

Concluyendo:

“84. Por tanto, el Tribunal debe examinar estos hechos, los cuales constituyen un conjunto de circunstancias fácticas concretas que implican al mismo infractor y están unidas indisolublemente en el tiempo y el espacio, debiéndose demostrar la existencia de tales circunstancias para poder pronunciar una condena o abrir diligencias penales.”

En el ámbito del Derecho Comunitario también ha recibido un reconocimiento expreso el principio “*ne bis in ídem*”. El Art. 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁰ recoge el “Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción” declarando: “*Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley.”.*

²⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3^a), Caso Rivard contra Suiza, de 4 octubre 2016.

³⁰ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007, aprobada por el Parlamento Europeo, Consejo y Comisión de la Unión Europea, publicado en DOUEC núm. 303 de 14 de Diciembre de 2007.

El principio “*ne bis in ídem*” se aplica en Derecho de la Unión con la precisión de que la regla de la no acumulación se refiere a la acumulación de dos sanciones de la misma naturaleza, en este caso penales. En Derecho Comunitario conviene destacar que según la interpretación dada al Artículo 50, el citado principio no se limita únicamente al ámbito jurisdiccional interno de cada Estado miembro, sino que su aplicación es extensiva a las jurisdicciones de distintos Estados miembros, como una manifestación del acervo comunitario.

La jurisprudencia comunitaria ha desarrollado en profundidad el principio “*ne bis in ídem*”, pudiendo citar la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) en el Caso *Garlsson Real Estate SA y Otros contra Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*³¹ en la que declara:

“1. El Artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite tramitar un procedimiento de sanción administrativa pecuniaria de carácter penal contra una persona en razón de actos ilícitos constitutivos de manipulación del mercado por los que ya se ha pronunciado una condena penal firme contra dicha persona, en la medida en que esta condena pueda, habida cuenta del perjuicio ocasionado a la sociedad por la infracción cometida, ser apta para reprimir la infracción de manera efectiva, proporcionada y disuasoria.”

Si bien para la jurisprudencia comunitaria el principio “*ne bis in ídem*” no impide en todo caso la imposición de una doble sanción por unos mismos hechos, sino que será posible la imposición de una sanción administrativa y una sanción penal por unos mismos hechos, siempre que esté prevista por la ley, sean necesarias y respondan a objetivos de interés general reconocidos por la UE, debiendo tratarse de sanciones que sean complementarias entre sí. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) en el Caso *Tribunale di Bergamo (Tribunal de Bérgamo, Italia) contra Luca Menci*, resuelto mediante Sentencia de 20 marzo

³¹ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Caso *Garlsson Real Estate SA y Otros contra Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, de 20 de marzo de 2018, Ponente: T. Von Danwitz.

2018³² declaró:

“1.- El Artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional en virtud de la cual puede incoarse un proceso penal contra una persona por impago del impuesto sobre el valor añadido devengado en los plazos legales, cuando ya se ha impuesto a esa persona por los mismos hechos una sanción administrativa irrevocable de carácter penal en el sentido del citado Artículo 50, siempre que dicha normativa:

- persiga un objetivo de interés general que pueda justificar la referida acumulación de procedimientos y sanciones, esto es, la lucha contra las infracciones en materia de impuesto sobre el valor añadido, y esos procedimientos y sanciones tengan finalidades complementarias,*
- contenga normas que garanticen una coordinación que limite a lo estrictamente necesario la carga adicional que esa acumulación de procedimientos supone para las personas afectadas, y*
- establezca normas que permitan garantizar que la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas se limite a lo estrictamente necesario con respecto a la gravedad de la infracción de que se trate.”*

Concluyendo en el apartado segundo del fallo de la citada sentencia que:

“Corresponde al órgano jurisdiccional nacional cerciorarse, teniendo en cuenta todas las circunstancias del litigio principal, de que la carga que resulta en concreto para la persona afectada de la aplicación de la normativa nacional controvertida en el litigio principal y de la acumulación de procedimientos y sanciones que esta autoriza no sea excesiva con respecto a la gravedad de la infracción cometida.”

El límite fijado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para apreciar la posibilidad de la doble sanción por los mismos hechos se ha fundamentado también en un criterio de proporcionalidad, así en el Caso *Garlsson Real Estate SA y Otros contra Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, resuelto por la Sentencia de 20 de marzo de 2018, niega la posibilidad de una doble sanción penal por unos mismos hechos a pesar de que responde a un objetivo de interés

³² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Caso Tribunale di Bergamo (Tribunal de Bérgamo, Italia) contra Luca Menci, de 20 marzo 2018, Ponente: T. Von Danwitz.

general, por vulnerar el principio de proporcionalidad. En este sentido, la citada sentencia establece en su fallo:

“El Artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite tramitar un procedimiento de sanción administrativa pecuniaria de carácter penal contra una persona en razón de actos ilícitos constitutivos de manipulación del mercado por los que ya se ha pronunciado una condena penal firme contra dicha persona, en la medida en que esta condena pueda, habida cuenta del perjuicio ocasionado a la sociedad por la infracción cometida, ser apta para reprimir la infracción de manera efectiva, proporcionada y disuasoria.”

5.1.2.- Fundamento

En cuanto al fundamento del principio *“ne bis in ídem”*, la doctrina mayoritaria con apoyo en la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1981, lo incardina en el Art. 25 de la CE³³. Así, esta postura doctrinal ha estimado que el principio de no duplicidad de sanciones penales y administrativas

“si bien no se encuentra recogido expresamente en los Artículos 14 a 30 de la Constitución (...) va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el Art. 25 (de la Constitución)”.

En este mismo orden de cosas, puede citarse a otros autores como T. Cano Campos³⁴ que consideran que el principio *“ne bis in ídem”* sin perjuicio de que se encuentre implícito en el principio de legalidad y tipicidad de las infracciones recogido en el Art. 25 de la CE, también puede fundamentarse en otros preceptos de la CE como el Art. 10.2, según el cual las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades se deben interpretar de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos y Humanos y demás tratados

³³ Art. 25 CE: *“1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”*

³⁴ CANO CAMPOS, T., *“Ne bis in ídem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador”*, *Rev. de Administración Pública*, n.o 156, Sept.-dic. 2001, págs. 191-249.

internacionales que sobre la materia haya ratificado España o, como el Art. 24.2³⁵ relativo a los derechos fundamentales en el ámbito del proceso judicial.

El principio “*ne bis in ídem*” en el ámbito sancionador impide la concurrencia tanto de dos sanciones de carácter penal, como de una de carácter penal y otra de carácter administrativo, así como ambas de carácter administrativo.

En el caso de los delitos sobre la ordenación del territorio la problemática que se genera es la posible concurrencia de una sanción penal y una sanción administrativa en relación con unos mismos hechos consistentes en la construcción de una edificación ilegal. Si bien, en el ámbito urbanístico la concurrencia de sanciones penales y administrativas por unos mismos hechos también puede producirse con otros bienes jurídicos íntimamente relacionados con la ordenación del territorio, como es el caso de infracciones y delitos cometidos contra el medio ambiente o el patrimonio histórico.

Siguiendo a **E. GARCÍA DE ENTERRÍA**, se puede decir que tradicionalmente, se había considerado que la potestad sancionadora de la Administración, como manifestación del *ius puniendi* del Estado, era independiente de la jurisdicción penal³⁶. Las sanciones administrativas y penales, frente a unos mismos hechos, eran perfectamente compatibles; más aún, unos mismos hechos podían estimarse de un modo por el juez penal y de otro completamente distinto o hasta contradictorio por la autoridad administrativa sancionadora.

Como pone de manifiesto **VICENTE MAGRO SERVET**³⁷

“aunque ahora esté consolidada esta prohibición de sancionar por dos veces, en la vía

³⁵ Art. 24.2 CE: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”

³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Curso de Derecho Administrativo, t. II”, Madrid, 1998, pág. 179.

³⁷ MAGRO SERVET, V.: “Revista Aranzadi Doctrinal num. 4/2014 parte Estudio.” Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014, pág. 1-2.

administrativa y en la penal, un mismo hecho hay que recordar que durante mucho tiempo ha recogido nuestro derecho el principio de la plena separación de la potestad sancionadora de la administración respecto de la jurisdicción penal, de manera que independientemente de que un hecho constituyera o no delito podía constituir una infracción administrativa sancionable por la administración y, por tanto, un mismo hecho podía ser objeto de doble sanción administrativa y penal."

Así, en la jurisprudencia anterior a la promulgación de la CE se puede apreciar que se consideran compatibles las sanciones administrativas y las penales, por tratarse de ámbitos distintos. Si bien, una vez que entró en vigor la CE, el Tribunal Constitucional con base en el Art. 25 propugnó la vigencia del principio "*ne bis in ídem*" como uno de los Principios Generales del Derecho del ordenamiento jurídico español, vedando la posibilidad de una doble sanción penal y administrativa por unos mismos hechos.

5.1.3.- Regulación en Derecho Administrativo

Como se ha mencionado con anterioridad la CE no recoge expresamente el principio "*ne bis in ídem*", sin embargo, la normativa administrativa postconstitucional sí lo ha reconocido en su articulado.

La hoy derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común recogió el principio "*ne bis in ídem*", en los Arts. 133 y 137.2. El Art. 133 al regular la "*Concurrencia de sanciones*" establecía: "*No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.*"

Así, la Ley 30/1992 exigía como requisitos del principio "*ne bis in ídem*" la concurrencia de identidad del sujeto, hecho y fundamento, siendo de los tres, la identidad de fundamento la que plantea mayores problemas de apreciación, por recaer sobre los bienes jurídicos protegidos por la norma administrativa y la norma penal. Así, en los casos en que la acción de un mismo sujeto lesiona o pone en peligro distintos bienes jurídicos al no existir identidad de fundamento sería posible la duplicidad de sanciones sin vulnerar el reiterado principio "*ne bis in ídem*".

En los mismos términos se recoge el principio “*ne bis in ídem*” en la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuyo Art. 31 bajo la misma rúbrica “*Concurrencia de sanciones*” establece en el apartado 1: “*No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.*” Como novedad el citado precepto añade un apartado 2 en el que hace referencia al supuesto de que exista una sanción de la Unión Europea por los mismos hechos con distinto sujeto y fundamento jurídico, exigiendo en este caso que el órgano español tenga en cuenta dicha sanción comunitaria al establecer la sanción prevista en el Ordenamiento jurídico español.³⁸

El requisito de la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento jurídico para la apreciación del principio “*ne bis in ídem*” ha sido exigido por nuestra jurisprudencia desde hace años, así el Tribunal Supremo en la Sentencia de 31 de marzo de 2010³⁹, tras reiterar la doctrina de la triple identidad admite la compatibilidad de la sanción penal de las personas físicas de una empresa y la sanción administrativa a la empresa. En este sentido, establece:

“Procede casar la Sentencia de instancia al contener la misma una doctrina errónea que es preciso anular para unificar la doctrina que viene manteniendo este Tribunal en el sentido de que para aplicar el principio “ne bis in ídem”, no sólo debe existir una identidad de hechos o fundamentos, objeto y causa material o punitiva, sino también de sujetos y ello no sucede en el caso de autos pues la sentencia penal condenó a tres personas el arquitecto superior y el arquitecto técnico responsable de la obra así como el encargado general de seguridad de la empresa como responsables de los delitos de los que se les acusaba, mientras que la sanción administrativa recae sobre la empresa por la no adopción de medidas de seguridad en el trabajo de modo que no existe infracción al principio de “ne bis in ídem” al no sancionarse por los mismos hechos a idénticas personas.”

³⁸ Art. 31.2 Ley 40/2015: “*Cuando un órgano de la Unión Europea hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos, y siempre que no concurra la identidad de sujeto y fundamento, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción.*”

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4^a), de 31 marzo 2010, Recurso de casación núm. 457/2008, Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García. RJ 2010\2759.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia distinguen en el Principio “*ne bis in ídem*” una doble vertiente, material y procesal. La vertiente material, conlleva que de conformidad con el citado principio no puedan ser sancionados unos mismos hechos por la potestad sancionadora administrativa y por los Tribunales penales, sería la recogida en el Art. 31.1 de la Ley 40/2015. La vertiente procesal, supone que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procedimientos simultáneamente, un procedimiento sancionador administrativo y otro proceso judicial penal. A este respecto, conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1987 de 26 de octubre⁴⁰, que con remisión a la ya citada sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983 de 3 de octubre, declaró que el principio “*ne bis in ídem*” impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, estableciendo que:

“Semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ius puniendi del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado”.

La consecuencia necesaria de la prohibición de duplicidad de procedimientos, es la ya mencionada subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la de los Tribunales de justicia, dándose prevalencia a los Tribunales de justicia sobre la Administración. En este sentido la reiterada sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983 estableció:

“La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial, exige que la colisión entre una autoridad jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: (...) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras que la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos (...)”.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 26 de octubre de 1987, núm. 159/1987, Ponente: Don Francisco Rubio Llorente.

La prevalencia del orden penal, conlleva la vinculación absoluta de la Administración en los procedimientos de que conozca a la valoración que de los hechos haya realizado previamente el juez penal.

Esta prevalencia de la jurisdicción penal sobre el procedimiento administrativo sancionador fue recogida por el Art. 137.2 de la Ley 30/92, en el que se establece la subordinación de la Administración a los Tribunales ya proclamada por la doctrina constitucional al afirmar: *“Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien.”*

En los mismos términos se regula en el Art. 77.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al establecer: *“En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.”*

5.1.4.- Duplicidad de procedimientos administrativo y penal

Llegados a este punto y admitiendo que un mismo hecho pueda ser objeto de un ilícito penal y administrativo se plantea una cuestión de crucial importancia como es cuál debe ser el proceder de la Administración cuando en la tramitación de un procedimiento sancionador por infracción administrativa advierta que el hecho pueda revestir caracteres de ilícito penal.

La solución a este problema la daba con carácter general para todo tipo de delitos en el Art. 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora hoy derogado, relativo a las *“Vinculaciones con el orden jurisdiccional penal”* en el que se disponía:

“1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.”

En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del

órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.

2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.”

A pesar de que en la Ley 39/2015 no contiene un precepto de contenido equivalente al derogado Art. 7 del Real Decreto 1.398/1993, sí se pueden encontrar preceptos en este sentido en las distintas legislaciones de ámbito sectorial. Así, con carácter específico y por lo que al ámbito urbanístico se refiere, el Art. 56 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, bajo la rúbrica “*Infracciones constitutivas de delito*” establece:

“Cuando con ocasión de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística o contra la ordenación del territorio aparezcan indicios del carácter de delito del propio hecho que motivó su incoación, el órgano competente para imponer la sanción lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos de exigencia de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores, absteniéndose aquél de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción.”.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 56 del Real Decreto Legislativo 7/2015, que establece la subordinación de la potestad sancionadora de la Administración a la actuación de los tribunales, tan pronto como por parte de la Administración se aprecie que los hechos objeto de un procedimiento administrativo sancionador por ser constitutivos de una infracción urbanística sean susceptibles también de ser calificados también como delito sobre la ordenación del territorio, la autoridad administrativa deberá abstenerse de continuar con el procedimiento administrativo sancionador, dando traslado al Ministerio Fiscal para que se pronuncie sobre si los hechos revisten los caracteres de delito y, en caso afirmativo, inhibirse de su conocimiento a favor de la autoridad judicial penal, que será la competente y esperar que la misma dicte la correspondiente resolución judicial.

Este criterio ha sido mantenido por nuestra jurisprudencia, pudiendo citar la Sentencia de Tribunal Supremo de 8 de abril de 2008⁴¹ en la que establece:

"Una vez que el legislador ha decidido que unos hechos merecen el presupuesto fáctico de una infracción penal en torno a ellos, la norma contenida en la disposición administrativa deja de ser aplicable",

esto es,

"cuando el hecho reúne los elementos para ser calificado de infracción penal, la Administración no puede conocer, a los efectos de su sanción, ni del hecho en su conjunto ni de fragmentos del mismo, y por ello ha de paralizar el procedimiento hasta que los órganos judiciales penales se pronuncien sobre la cuestión".

Como señala **VICENTE MAGRO SERVET**⁴² la regulación administrativa del principio "*ne bis in ídem*" en el ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Administración se orienta, esencialmente, en dos líneas:

1.- Impedir el proscrito resultado de la doble incriminación y castigo por unos mismos hechos.

2.- Evitar que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio, en caso de permitir la prosecución paralela o simultánea de dos procedimientos – penal y administrativo sancionador– atribuidos a autoridades de diverso orden.

Concluyendo el citado autor que el fundamento del principio "*ne bis in ídem*" en su vertiente formal se encuentra más en la necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios sobre unos mismos hechos, y no en un abstracto criterio de prevalencia absoluta del ejercicio de su potestad punitiva sobre la potestad sancionadora de las Administraciones públicas.

Este criterio viene siendo seguido por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia desde hace años, pudiendo citar en este sentido la Sentencia 9 noviembre

⁴¹ Sentencia de Tribunal Supremo de 8 de abril de 2008, núm. 141/2008, Ponente: Excmo. Sr. Luciano Varela Castro.

⁴² MAGRO SERVET, V.: "*Revista Aranzadi Doctrinal num. 4/2014 parte Estudio.*" Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014, pág. 1-2.

de 2007⁴³ en la que establece:

“Así resulta de la TC S 77/1983 de 3 Oct., que pone de manifiesto que el principio “ne bis in ídem” determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y la calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, «pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado» (en el mismo sentido TC S 25/1984 de 21 May.).”

Otro problema añadido es el de aquellos casos en los que la Administración incumple su obligación de suspender el procedimiento sancionador e inhibirse a favor del juez penal, en estos supuestos una interpretación rigurosa del principio “ne bis in ídem” nos llevaría a concluir en la improcedencia de una condena penal si ha habido una previa sanción administrativa.

Esta controversia fue resuelta por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 16 enero de 2003⁴⁴ de trascendental importancia, por la que se produce un cambio del criterio establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999⁴⁵ que prohibía la imposición de una nueva sanción si ya existía otra previa, sea penal o administrativa, siempre que concudiesen identidad de sujeto, hecho y fundamento. En la citada sentencia de 2003 el supremo intérprete de la CE da un giro a la interpretación del principio “ne bis in ídem” admitiendo que es posible sancionar penalmente un hecho que ya ha sido objeto de una previa sanción administrativa. Esta postura mantenida por el Tribunal Constitucional en la en la Sentencia 177/1999 fue duramente criticada por numerosos autores como MARINA

⁴³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 9 noviembre de 2007, núm. 765/2007, Ponente: Illma. Sra. M^ª Consuelo Uris Lloret.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 16 enero de 2003, núm. 2/2003, Ponente Doña María Emilia Casas Baamonde.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 11 octubre de 1999, núm. 177/1999, Ponente: Don Pablo García Manzano.

JALVO⁴⁶ que considera que con el criterio seguido por el Tribunal Constitucional se elimina toda prioridad entre los distintos órdenes punitivos y se hace prevalecer el pronunciamiento sancionador que se produzca en primer lugar. En la misma línea CARLOS DE MIGUEL y ESTEBAN ASTARLOA⁴⁷ critican dicha interpretación afirmando:

“El criterio adoptado por el Tribunal Constitucional en el caso que comentamos, al entender que la tesis sostenida por la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999 hace tambalearse todo el sistema de garantías procesales y procedimentales, y suscita una picaresca que en la práctica se traducirá en el cumplimiento apresurado de las sanciones administrativas impuestas cuando se tenga conocimiento de la apertura de procedimientos penales abiertos por hechos semejantes o parecidos a los ya sancionados administrativamente”.

Ante esta situación la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 enero de 2003 admite sancionar penalmente un hecho que ya había sido objeto de una previa sanción administrativa, basándose en el siguiente fundamento jurídico:

“La inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación –bis– de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el Art. 25.1 CE. Frente a lo sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre (F. 4), no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el Art. 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el «doble reproche aflictivo», sino la

⁴⁶MARINA JALVO, B.: “Ne bis in idem y prevalencia del pronunciamiento de la jurisprudencia penal. Delitos e infracciones administrativas contra el medio ambiente”, Rev. Española de Derecho Administrativo, nº 108, 2000, págs. 607-617.

⁴⁷MIGUEL Y ESTEBAN ASTARLOA, C. “La aplicación del principio ne bis in idem y el concurso de delitos en los delitos contra el medio ambiente”, Revista Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, Nº 2/2002, pág. 85 y 86.

reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto.”.

Esta nueva doctrina constitucional es acorde a la jurisprudencia existente en la materia en el ámbito europeo, pudiendo citar en este sentido entre otras la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso Gradinger contra Austria⁴⁸, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso Franz Fischer c. Austria⁴⁹, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso Oliveira c. Suiza⁵⁰

Asimismo, el Tribunal Supremo en sentencia de 24 junio de 2004⁵¹ acoge la nueva doctrina constitucional sobre el principio “*ne bis in ídem*” en la que establece:

“No hay reiteración sancionadora (bis), ni tampoco lesión del derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento punitivo por los mismos hechos (Art. 24.2 en relación con el Art. 25.1 CE), ya que el procedimiento administrativo sustanciado no es equiparable a un proceso penal a los efectos de este derecho fundamental.”

Otra cuestión relevante, es la referida a los supuestos en que haya concluido el proceso penal mediante resolución que acuerde el archivo o absolución planteándose la posibilidad de que se reabra la vía administrativa que se encontraba suspendida como consecuencia de que los hechos revestían caracteres de delito. En este sentido, si es unánime la jurisprudencia y la doctrina al afirmar que no existe ningún obstáculo legal para que tras la tramitación de un proceso penal por un delito contra la ordenación del territorio que haya finalizado por sentencia absolutoria, se inicie o se reanude un procedimiento administrativo sancionador por los mismos hechos, siempre y cuando la infracción urbanística administrativa no haya prescrito.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 octubre 1995, Caso Gradinger contra Austria.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª) Caso Franz Fischer contra Austria, de 29 mayo 2001.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Oliveira contra Suiza, de 30 julio 1998.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 24 junio de 2004, núm. 833/2004, Ponente: Excmo. Sr. Enrique Abad Fernández.

Así, en este caso la Administración al tramitar el procedimiento sancionador quedará vinculada por los hechos declarados probados en la sentencia absolutoria penal, tal y como establece el Art. 77.4 de la Ley 39/2015⁵², que evidencia la prevalencia del ordenamiento penal.

Para concluir, se debe citar la sentencia de Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 9 de noviembre de 2007⁵³, en la que en relación con el principio “*ne bis in ídem*” y la duplicidad de procedimientos administrativo y penal respecto a unos mismos hechos, establece los siguientes criterios:

“a) Si el Tribunal penal declara inexistentes los hechos, no puede la Administración imponer por ellos sanción alguna.

b) Si el Tribunal declara la existencia de los hechos, pero absuelve por otras causas, la Administración debe tenerlos en cuenta y, valorándolos desde la perspectiva del ilícito administrativo distinta de la penal, imponer la sanción que corresponda conforme al ordenamiento administrativo.

c) Si el Tribunal constata simplemente que los hechos no se han probado, la Administración puede acreditarlos en el expediente administrativo y, si así fuera, sancionarlos administrativamente.”.

5.2.- PROBLEMÁTICA DE LA LEY PENAL EN BLANCO.

5.2.1.- La ley penal en blanco y el principio de legalidad penal

Bajo el término de leyes, tipos o normas penales en blanco la doctrina hace referencia a aquellas normas penales en las que el supuesto de hecho que constituye el tipo se remite a otra norma de distinta disciplina jurídica (Derecho Civil, Mercantil, Administrativo, Social o Comunitario) siendo esta norma extrapenal la

⁵² Art. 77.4 Ley 39/2015: “*En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.”.*

⁵³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1^a), de 9 noviembre de 2007, núm. 765/2007. Ponente: Ilma. Sra. M^a Consuelo Uris Lloret.

que determina la conducta típica que constituye el delito y para el que la norma penal establece una determinada pena.

Los tipos penales en blanco presentan la problemática de su compatibilidad con el Principio de legalidad proclamado en el Art. 25 de la CE⁵⁴ y cuyo respeto es garantizado por nuestro texto constitucional en su Art. 9.3⁵⁵. Es tradicional en la doctrina hacer referencia al Principio de legalidad penal con el aforismo "*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*" formulado por el alemán ANSELM VON FEUERBACH (1775-1833).

El Principio de legalidad penal tiene su origen en el "*Tratado de los delitos y de las penas*" («*Dei delitti e delle pene*») de CESARE BECCARIA de 1764 sirviendo como punto de partida al constitucionalismo liberal. El principio de sumisión a la ley fue una creación de los pensadores de la Revolución francesa como una manifestación fundamental de la división de poderes y garantía de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así, Montesquieu en su obra "*El espíritu de las leyes*"⁵⁶ (Libro Xi, Capítulo 6) establecía las bases de la teoría de la división de poderes y del principio de legalidad con el siguiente fundamento:

"Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor".

⁵⁴ Art. 25.1 CE: "*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.*".

⁵⁵ Art. 9.3 CE: "*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*"

⁵⁶ GARCÍA DEL MAZO, S., "*El espíritu de las leyes por Montesquieu vertido al castellano con notas y observaciones*". Tomo I. Librería General de Victoriano Suarez. Madrid 1906. Pág. Núm. 227 y 228.

Partiendo de los dogmas del pensamiento ilustrado, la Asamblea Nacional francesa recogió el Principio de legalidad en el Art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, estableciendo: *“nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.”*

El principio de legalidad penal exige que nadie pueda ser condenado por un delito que no esté previsto en una ley previa a la comisión del hecho por el que se le impone la pena. En opinión de L. DÍEZ-PICAZO⁵⁷ el principio de legalidad penal protege simultáneamente dos valores: la seguridad jurídica y la libertad individual.

En cuanto al valor de la seguridad jurídica, garantizado por el art. 9.3 de la CE, que exige una certidumbre y estabilidad del sistema normativo, ha pronunciado el Tribunal Constitucional en Sentencia del de 17 octubre de 2011⁵⁸, al establecer:

“En relación con el principio de legalidad penal este Tribunal viene declarando (por todas STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 6) que tal principio supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de realización de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. En tales supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6).”

Por lo que respecta al valor de la libertad individual, representa la garantía para el ciudadano de que la justicia penal actuará sometida a unos límites. En este

⁵⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *“El principio de legalidad penal”*. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Sistema de Derechos Fundamentales. Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2008. Pág 2.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 17 octubre de 2011, núm. 153/2011, Ponente: Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 abril de 2018⁵⁹, establece:

“a) Conviene recordar que el derecho a la legalidad penal (Art. 25.1 CE), se articula a través de una doble garantía: material y formal. La primera –que es la que eventualmente se vulnera a juicio de los demandantes– es la exigencia de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes con la mayor precisión posible, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, de esta manera, las consecuencias de sus acciones (SSTC 242/2005, de 10 de octubre (RTC 2005, 242) , FJ 2; 162/2008, de 15 de diciembre (RTC 2008, 162) , FJ 1; 81/2009, de 23 de marzo (RTC 2009, 81) , FJ 4, y 135/2010, de 2 de diciembre (RTC 2010, 135) , FJ 4). Como señala la STC 145/2013, de 11 de julio (RTC 2013, 145), FJ 4, con cita de la STC 104/2009, de 4 de mayo (RTC 2009, 104), FJ 2.”

Tradicionalmente, se ha concretado el Principio de legalidad penal en el cumplimiento de los tres requisitos de *lex scripta*, *lex praevia* y *lex certa*, por venir exigidos de manera reiterada por la jurisprudencia constitucional, pudiendo citar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de julio de 1987⁶⁰, en la que estableció:

“De todo ello se deduce que el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: La existencia de una ley (lex scripta); que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex praevia) ; y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa) ; lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador”.

5.2.2.- Requisitos de la ley penal en blanco

El Tribunal Constitucional se ha venido mostrado permisivo desde hace años con los tipos penales en blanco siempre que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido, exigiendo además que la Ley

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) de 23 abril de 2018, núm. 36/2018, Ponente: Don Juan Antonio Xiol Ríos.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 21 de julio de 1987, núm. 133/1987, Ponente: Don Antonio Truyol Serra.

además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza. En este sentido en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 febrero de 1994⁶¹ estableció:

“Las leyes penales en blanco son constitucionalmente admisibles siempre que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido; que la Ley además de señalar la pena contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, de suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”.

Siguiendo lo dispuesto por la Sala Penal del Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de enero de 2001⁶², los requisitos que debe reunir una norma penal en blanco serían los siguientes:

- 1.- El reenvío normativo debe ser expreso.
- 2.- Justificación del reenvío normativo por la naturaleza del bien jurídico protegido por la norma penal.
- 3.- La norma penal debe contener el núcleo esencial de la prohibición y la pena con la que se castiga.
- 4.- Satisfacción debida de la exigencia de certeza.

5.2.3.- Los delitos urbanísticos como leyes penales en blanco

Los Delitos urbanísticos tal y como puede apreciarse de la simple lectura de la rúbrica del Capítulo I del Título XVI del Libro II, *“De los Delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo”*, constituyen normas penales en blanco cuyo tipo se va a determinar por el Derecho Administrativo. Llegados a este punto, partiendo del triple requisito del Principio de legalidad de *“lex scripta, lex praevia y lex certa”*, se

⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), de 28 febrero de 1994, núm. 62/1994, Ponente: Don José Gabaldón López.

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 22 enero de 2001, núm. 74/2001, Ponente: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo.

presentan cuando menos de dudosa constitucionalidad la fórmula de la ley penal en blanco en el ámbito de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en los que la conducta típica se encuentra repleta de términos de contenido administrativo (“suelo urbanizable”, “no legalizable”, “obras de urbanización”, etc.) que en muchos casos son definidos por normas de carácter reglamentario como pueden ser el Plan General Municipal de Ordenación o las Ordenanzas de edificación.

Siguiendo la clasificación realizada por J. IRIBARREN OSCÁRIZ⁶³, nos encontraríamos ante tipos penales en blanco con incorporación de elementos jurídicos provenientes de Derecho Administrativo Urbanístico.

Como puso de manifiesto TORRES DULCE⁶⁴, ex Fiscal General del Estado, algunos de los vicios que viene ofreciendo el Código Penal de 1995 y que se evidencia en sus continuas reformas tienen que ver en gran parte con la *“excesiva proliferación de tipos en blanco y la consiguiente administrativización de algunos tipos penales”*.

A la vista de lo expuesto, la conclusión no puede ser otra que el respeto al Principio de legalidad conllevaría a calificar como inconstitucionales las leyes penales en blanco que se remiten directamente a un reglamento administrativo para completar su supuesto de hecho, ya que su admisión supondría una vulneración de los Artículos 25.1, 9.3, 53.1 y 81.1 CE.

En esta línea se debe citar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 febrero de 2004⁶⁵, en la que establece la reserva de Ley Orgánica en materia penal para los supuestos en que se establezcan penas privativas de libertad, como es el caso de los delitos urbanísticos, declarando al respecto:

“También hemos señalado desde nuestras primeras resoluciones – STC 15/1981, de 7 de mayo, F. 7– que del Art. 25.1 CE se deriva una «reserva absoluta» de Ley en el ámbito penal. Y que, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 81.1 CE en relación

⁶³ IRIBARREN OSCÁRIZ, J., “Los tipos penales en blanco” Boletín Aranzadi Penal núm. 47/2003 parte Boletín. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2003. Pág. 12.

⁶⁴ TORRES DULCE, E., conferencia sobre “La judicialización de la vida política”, Fundación Ankaria, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 23 de octubre de 2017.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 24 febrero de 2004, núm. 24/2004, Ponente: Doña Elisa Pérez Vera.

con el Art. 17.1 CE, esa Ley ha de ser orgánica respecto de aquellas normas penales que establezcan penas privativas de libertad. En palabras de la STC 118/1992, de 16 de septiembre, F. 2, «la remisión a la Ley que lleva a cabo el art. 17.1 de la CE ha de entenderse como remisión a la Ley orgánica, de manera que la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad y, por ello, una violación de ese derecho fundamental (SSTC 140/1986, 160/1986 y 127/1990)»

En el ámbito del delito urbanístico será admisible la ley penal en blanco cuando para determinar la conducta típica únicamente haya que remitirse a una norma administrativa, pero no sería constitucional un segundo reenvío de la norma administrativa a una norma reglamentaria. Así, el Tribunal Constitucional en Sentencia del de 9 octubre de 2006⁶⁶ admitió la remisión de la ley penal a un reglamento pero no a una ulterior orden ministerial, estableciendo:

“La reserva de Ley en materia penal no excluye la posibilidad de que sus términos se complementen con lo dispuesto en Leyes extrapenales y reglamentos administrativos, en el presente supuesto tal posibilidad debe agotarse en el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero (o la norma que en el futuro lo sustituya) sin que pueda considerarse constitucionalmente admisible, a los efectos de la configuración del tipo penal, la incorporación al mismo de lo prohibido mediante órdenes ministeriales, conforme a lo previsto en la anteriormente transcrita disposición final cuarta del mismo ... porque de lo contrario, por esa vía se diluiría de tal modo la función de garantía de certeza y seguridad jurídica de los tipos penales, función esencial de la reserva de Ley en materia penal, que resultaría vulnerado el Art. 25.1 CE» (F. 3).

A mayor abundamiento, y por lo que al campo urbanístico se refiere, el Tribunal Constitucional en el Auto de 27 octubre de 2008⁶⁷, admite como norma penal en blanco, el tipo de prevaricación urbanística del Art. 320.2 del CP, en el que se acreditó por remisión al Plan General Municipal de Ordenación, a la Ley regional de suelo y a sus reglamentos de desarrollo, que la licencia concedida infringía de

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 9 octubre de 2006, núm. 283/2006, Ponente: Don Javier Delgado Barrio.

⁶⁷ Auto del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), de 27 octubre de 2008, núm. 338/2008.

modo flagrante todas las normas citadas, concluyendo el TC que con esta actuación

“se predeterminaban, los elementos normativos configuradores del tipo penal en blanco, pudiéndose hablar rigurosamente de la lex certa penal, que cumplía con el principio de previsibilidad de las consecuencias penales sancionadoras (STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2), y sin que se tratase de una remisión de la Ley penal en blanco al reglamento administrativo —tampoco proscrita constitucionalmente (por la citada STC 34/2005, de 17 febrero, FJ 3)—, sino de una integración constitucionalmente razonable del tipo penal (SSTC 151/1997, de 29 septiembre, FJ 4 y 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5) mediante la normativa legal administrativa, a la que aparece subordinada, en el detalle, parcialmente (por el régimen derogatorio), las disposiciones reglamentarias.”

Hasta tal punto la configuración de los delitos urbanísticos representa un problema para la seguridad jurídica necesaria en el ámbito penal, que la jurisprudencia reciente se inclina por apreciar en estos tipos penales una prejudicialidad administrativa, debiendo el juzgador penal remitir el pronunciamiento sobre el carácter “autorizable” de las obras al juez contencioso administrativo.

No cabe duda de que si la existencia del delito sobre la ordenación del territorio depende de que una concreta construcción sea autorizable desde el punto urbanístico, para el caso de que exista controversia sobre la viabilidad de su legalización, este pronunciamiento deberá depender de un juez con conocimientos específicos sobre la materia, es decir, de un juez de lo contencioso administrativo.

En la actualidad dicha problemática puede resolverse a través de las cuestiones prejudiciales en el ámbito penal reguladas en los Arts. 3 a 7 de la LECRIM. En especial, el Art. 4 de la LECRIM regula las cuestiones prejudiciales devolutivas estableciendo

“sin embargo, si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquella por quien corresponda; pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente”.

En los delitos urbanísticos nos encontramos con elementos de la conducta típica tales como el carácter “no autorizable” de la construcción y la clasificación del

suelo "no urbanizable", que son elementos determinantes de la culpabilidad del investigado, por lo que la correcta técnica jurídica exigirá plantear la cuestión prejudicial devolutiva y suspender el procedimiento penal hasta que recaiga la resolución por el órgano competente de la jurisdicción contencioso administrativa.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17^a) en Sentencia núm. 340/2016 de 30 junio 2016⁶⁸, establece:

"Dichos casos excepcionales pueden darse en relación con los delitos sobre la ordenación del territorio, cuando por ejemplo, deba determinarse el carácter "autorizable" de una edificación (Art. 319. 2 CP), cuya aclaración pueda llegar a plantear una contradicción jurisdiccional, al haberse planteado el juez de lo penal que, inicialmente, la edificación no reviste dicho carácter, si bien, en vía contencioso-administrativa, se obtiene dicha autorización por resolución firme (realizando una valoración del mismo hecho y sin que haya una modificación de la normativa aplicable). Para evitar casos en que queda ocasionar pronunciamientos judiciales contradictorios e incurrir en una posible vulneración de la tutela judicial efectiva (Art. 24 CE; vid. STC 30/1996, de 27 de febrero), procede que el juez plantee semejante cuestión; especialmente respecto de delitos, como el urbanístico, en el que se requiere para su aplicación, especiales conocimientos administrativos."

Así las cosas, la necesaria coordinación entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativo y, aún más, exigencias de justicia, aconsejan que en los casos en que la propia existencia del delito dependa de la determinación del carácter autorizable de la obra o de la clasificación del suelo, se utilice la técnica jurídica de la cuestión prejudicial devolutiva del Art. 4 de la LECRIM. Esta cuestión no es baladí, ya que como se examinará a continuación, la diferencia entre los delitos urbanísticos y las infracciones administrativas es meramente cuantitativa, con fundamento en la gravedad de la lesión al bien jurídico, por lo que dependerá de la determinación de estos conceptos puramente urbanísticos el que la conducta sea penal o ilícito administrativo.

⁶⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17^a) núm. 340/2016, de 30 junio 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramiro Ventura Faci. FJ 1. ARP\2017\316.

5.3.- PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA O MÁXIMA

5.3.1.- Configuración del Principio de intervención mínima del Derecho Penal

La regulación de los delitos contra la ordenación del territorio realizada por el CP de 1995, supone la irrupción del Derecho Penal en un ámbito que hasta el momento era propio del Derecho Administrativo sancionador. El legislador penal de 1995 introdujo los delitos urbanísticos con el fin de reforzar la tutela de la ordenación del territorio ya contenida en la legislación estatal de suelo (Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana entonces, hoy Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento de disciplina urbanística, etc...) así como en las distintas legislaciones autonómicas surgidas a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo⁶⁹. La citada sentencia fue dictada dando respuesta a un conjunto de recursos de inconstitucionalidad acumulados⁷⁰, promovidos por determinadas Comunidades Autónomas contra el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que supuso la declaración de inconstitucionalidad de dos terceras partes del mismo, como

⁶⁹ Sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional publicada en el BOE de 20 de marzo de 1997.

⁷⁰ Recursos de inconstitucionalidad 2.477/1990, 2.479/1990, 2.481/1990, 2.486/1990, 2.487/1990 y 2.488/1990 (acumulados). Promovidos, respectivamente, por el Parlamento de Navarra, el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, la Diputación General de Aragón, la Junta de Castilla y León y el Gobierno de Canarias contra la Ley 8/1990, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y en los recursos de inconstitucionalidad, acumulados a los anteriores, 2.337/1992, 2.341/1992 y 2.342/1992, promovidos, respectivamente, por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, la Diputación General de Aragón y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, frente al texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio.

consecuencia de la invasión competencial operada por el legislador estatal en la competencia autonómica en materia de urbanismo le reconocida por la CE (Art. 148.1.3^a ⁷¹) y que a excepción de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, todas las Comunidades Autónomas asumieron, en sus Estatutos de Autonomía, con carácter específico llevándolo posteriormente a la práctica mediante la aprobación de la correspondiente legislación autonómica de suelo⁷².

La tipificación penal de los delitos sobre la ordenación del territorio supone la incriminación de conductas que hasta el momento se habían considerado meras infracciones administrativas que, como tales, eran sancionadas con multas pecuniarias y medidas de restablecimiento de la legalidad infringida, llegando en último extremo a la ejecución subsidiaria por parte de la Administración de la demolición de la construcción ilegalmente ejecutada, a costa del infractor. El cambio más relevante en esta materia viene representado por el hecho de que a partir de 1995 la ejecución de una construcción en suelo no urbanizable sin licencia que no sea susceptible de legalización, va a estar sancionada con pena privativa de libertad, conducta que hasta ese momento únicamente merecía un reproche económico, al estar vedada a la Administración la posibilidad de imponer medidas que limiten la libertad individual, en virtud de lo dispuesto en el Art. 25.3 de la CE⁷³.

Así las cosas, la penalización de las infracciones urbanísticas supone la extensión del Derecho Penal a la esfera de los ilícitos administrativos ya regulados, respecto de aquellas conductas que a pesar de estar previstas en el ámbito sancionador de la Administración, éste se muestra insuficiente para erradicar dichas conductas antijurídicas. La extensión al ámbito penal de las infracciones

⁷¹ Artículo 148.1 CE: *“Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 3.ª Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.”*

⁷² En el caso de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia posteriormente sustituida por el Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia vigente en la actualidad, hoy Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia.

⁷³ Artículo 25. 3 CE: *“La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.”*

administrativas puede entrar en colisión con el principio de intervención mínima que inspira el Derecho Penal, del que dimana su carácter subsidiario y que exige acudir sólo a la regulación penal en aquellos casos en que el resto de medios previstos por el ordenamiento jurídico resulten insuficientes para proteger los bienes jurídicos tutelados. No cabe olvidar, como señala ROXIN⁷⁴, que el Estado social tiende a una excesiva intervención y a una fácil *“huida al Derecho Penal”*, alarmando sobre el riesgo que ello supone en aras a la prevención, ya que como el propio autor destaca *“nada favorece tanto la criminalidad como la penalización de cualquier injusto consistente en una nimiedad”*.

Ya en la *“Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”* de 1789 surgida del pensamiento ilustrado de la Revolución Francesa, se recogió el principio de intervención mínima del Derecho Penal como un derecho fundamental, proclamando en su Art. 8 que *“la ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias”*.

Como puso de manifiesto SILVA SÁNCHEZ estamos asistiendo a una extraordinaria *“Expansión del Derecho Penal”*, calificación que sirvió de título a su obra⁷⁵ en la que señala entre otras causas de este fenómeno expansivo el surgimiento de nuevos intereses, la institucionalización de la inseguridad, la identificación de la mayoría social como víctima del delito o el descrédito de otras instituciones de protección.

De las causas de la expansión del Derecho Penal apuntadas, la que más incidencia puede tener para justificar la criminalización de las construcciones ilegales, sería el descrédito o fracaso de la Administración en el ejercicio de la potestad sancionadora para la efectiva sanción de este tipo de conductas y, en última instancia, lograr su erradicación o minoración para la defensa de la ordenación del territorio y del uso racional del suelo.

En este sentido, se ha pronunciado de manera reiterada la jurisprudencia, pudiendo citar el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 9 marzo de

⁷⁴ CLAUS ROXIN: *“Problemas básicos del Derecho Penal”*, Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Editorial Reus. Enero 1976.

⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *“La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”*. Civitas Ediciones, S.L. Madrid, 2001.

2018⁷⁶ en el que establece:

“La ordenación del territorio responde a una necesidad obvia de nuestro tiempo, propia de un Estado de Derecho, en el que determinados intereses públicos, entre los que se encuentra la utilización racional del territorio, han de tener prioridad sobre los meramente privados. La locura inmobiliaria de los últimos tiempos, íntimamente relacionada con múltiples casos de corrupción ligados a la ordenación del territorio, ha traído como consecuencia un grave deterioro de nuestro entorno.

Por otra parte, el fracaso del control administrativo de la actividad urbanística, tanto por parte de la Administración local como por parte de la Administración autonómica, o estatal, ha hecho absolutamente necesaria la intervención penal para prevenir los atentados a la ordenación del territorio más graves y castigar las conductas lesivas en esta materia. Es numerosísima la jurisprudencia de la Sala 2^a del TS que se manifiesta en este sentido, es decir, en la necesaria intervención penal para castigar las conductas que afectan de forma relevante a la ordenación del territorio o al medio ambiente (STS 676/14, 443/13, 262/14, 497/12, entre otras muchas).”

Esta corriente de protección penal de intereses propiamente administrativos se ha denominado por la doctrina *“Administrativización del Derecho Penal”*⁷⁷ entendiéndolo SILVA SÁNCHEZ⁷⁸ que la misma se produce como resultado de la transición desde la protección penal del modelo de *“delito de lesión de bienes individuales”* al modelo de *“delito de peligro presunto para bienes supraindividuales”*.

Desde el punto de vista de las teorías clásicas, la diferencia entre ilícito penal e ilícito administrativo es cuantitativa, teniendo el ilícito administrativo un menor contenido de injusto. Como exponente de esta corriente se puede citar WELZEL⁷⁹ quien la sintetiza en los siguientes términos:

“A partir del ámbito nuclear de lo criminal discurre una línea continua de injusto

⁷⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2^a), de 9 de marzo de 2018, núm. 198/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D Mariano Eduardo Sampietro Román.

⁷⁷ PALAZZO, *“Legislazione penale, Dizionario storico dell’Italia unita”*, en BONGIOVANNI/TRANFAGLIA ED, Roma, Bari, 1996, pág. 30.

⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *“La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”*. Civitas Ediciones, S.L. Madrid, 2001. Pág. 121.

⁷⁹ WELZEL, *“Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht”*, JZ JuristenZeitung, 1956, Págs. 238 y ss.

material que ciertamente va disminuyendo, pero que nunca llega a desaparecer por completo y que alcanza hasta los más lejanos ilícitos de bagatela, e incluso las infracciones administrativas (Ordnungswidrigkeiten) están (...) vinculadas con ella."

SILVA SÁNCHEZ⁸⁰ considera insuficiente la doctrina clásica de la diferencia meramente cuantitativa, considerando que es necesario añadir un elemento cualitativo que vendría referido a un criterio teleológico que permitiría diferenciar el Derecho Penal del Derecho Administrativo sancionador en base a la finalidad que persiguen. Así, el Derecho Penal persigue proteger bienes concretos en casos concretos siguiendo criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio. Por el contrario, el Derecho Administrativo sancionador persigue ordenar, de modo, general sectores de la actividad reforzando mediante sanciones un determinado modelo de gestión sectorial.

Nuestro Tribunal Supremo sigue la doctrina clásica basada en el criterio cuantitativo, habiendo declarado en este sentido en la Sentencia de 23 mayo de 2005⁸¹:

"La distinción entre el ilícito penal y el administrativo radica en la gravedad de la infracción cuya calificación atiende, en primer lugar, a criterios materiales que reservan la sanción penal para aquellas conductas que pongan el bien jurídico protegido en una situación de peligro grave; en segundo lugar, por razón del desvalor ético- social que la conducta merezca en el contexto cultural. El ámbito típico punitivo ha de restringirse, de acuerdo con los principios de intervención mínima, subsidiaridad y última ratio, a los supuestos en que resulte afectado el objeto material del delito, pues el elemento configurador de la tipicidad penal y de su antijuricidad material lo constituye la lesión del bien jurídico penal."

En la misma sentencia citada nuestro más alto Tribunal hace referencia a la necesidad de respetar el principio de intervención mínima del Derecho Penal, estando éste reservado únicamente para la protección de los bienes especialmente

⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *"La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales"*. Civitas Ediciones, S.L. Madrid, 2001. Pág. 125.

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 23 mayo de 2005, núm. 663/2005, Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

relevantes, debiendo ser sólo procedente la sanción penal cuando no exista otro medio menos lesivo que pueda resultar eficaz. En este sentido declara:

“El citado principio de intervención mínima, pese a configurar prioritariamente un mandato dirigido al Legislador, subyace en el ordenamiento punitivo y constituye uno de sus principios inspiradores, lleva a la protección únicamente de los bienes jurídicos más importantes para el orden social y frente a los ataques que deban tenerse como de mayor envergadura y trascendencia, de manera que las conductas que afronten dichos bienes pericialmente protegidos deben ser suficientemente relevantes, ya que el derecho penal sólo despliega sus efectos cuando la protección de los aludidos bienes jurídicos sea imposible o inadecuada a través de otros medios menos lesivos, el ordenamiento penal cumple, así, una función de carácter subsidiario y consiste en la “última ratio” sancionadora.”

La concepción del Derecho Penal como última ratio sancionadora también es compartida por el Tribunal Constitucional, que en Sentencia de 24 de febrero de 2004⁸², se refiere a la necesidad de atender en la interpretación de las figuras delictivas a los principios generales limitadores del ius puniendi, que excluyen la existencia de ilícitos penales meramente formales que penalicen el incumplimiento de un mandato administrativo, siendo determinante para criminalizar una conducta que la misma represente un ataque de especial lesividad para el bien jurídico. Concluyendo en la citada sentencia:

“Y además, la delimitación del ámbito de lo punible no puede prescindir del hecho de que la infracción penal coexiste con una serie de infracciones administrativas que ya otorgan esa protección, por lo que, en virtud del carácter de última ratio que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables, debiendo acudir en los demás supuestos al Derecho administrativo sancionador, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado.”

La jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en relación con el Principio de intervención mínima del Derecho Penal configura a dicha disciplina

⁸² Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), de 24 de febrero de 2004, núm. 24/2004, Ponente: Doña Elisa Pérez Vera.

jurídica como subsidiaria y última ratio en el ámbito sancionador (STS 3/10/98⁸³) cuyo fundamento deriva del doble carácter que ofrece el Derecho Penal:

a) Derecho fragmentario que sólo protege los bienes jurídicos más importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

b) Derecho subsidiario que como última ratio actúa únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Llegados a este punto se puede afirmar que la relación entre la sanción administrativa y penal debe ser de complementariedad, en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia del de 23 mayo de 2005⁸⁴ estableciendo:

“La coordinación de las medidas administrativas y penales para la protección de los diversos bienes jurídicos, descansa en una relación de complementariedad para su mejor tutela, ocupando cada una de ellas un lugar específico: al derecho administrativo le corresponde de desempeñar un papel preventivo e incluso sancionador de primer grado, aplicable a aquellas conductas del sujeto activo que consistan en una desobediencia de la norma reguladora del ámbito de actividad contemplado, y el Derecho Penal, conforme al principio de intervención mínima, queda reservado al supuesto de las infracciones más graves desde el punto de vista de la afectación al bien jurídico protegido.”

⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 3 de octubre de 1998, núm. 1104/1998, Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Martín Pallín: *“Se ha dicho reiteradamente por la doctrina y jurisprudencia, hasta el punto de convertirse 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.”*

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 23 mayo de 2005, núm. 663/2005, Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de marzo de 2006⁸⁵ desarrolla la complementariedad de las medidas penales y administrativas de carácter sancionador, yendo un paso más allá para afirmar que dicha complementariedad no implica que el Derecho Penal se sitúe en un papel inferior o auxiliar del Derecho Administrativo. En este sentido establece:

“El derecho administrativo realiza una función preventiva y también sancionadora de primer grado, reservándose el Derecho Penal para las infracciones más graves, conforme al principio de intervención mínima. 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.”.

Esta doctrina de complementariedad de los regímenes penal y administrativo se ha ido reiterando por la jurisprudencia llegando a concluir que el Derecho Administrativo sancionador tendría un carácter preventivo. En este sentido el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de junio de 2012⁸⁶ establece: *“El derecho administrativo realiza una función preventiva y también sancionadora de primer grado, reservándose el derecho penal para las infracciones más graves.”*

Para concluir el estudio de la configuración del Principio de intervención mínima del Derecho Penal realizado por la Jurisprudencia se debe hacer una reflexión, el citado principio es un mandato dirigido exclusivamente al legislador que en su condición de redactor de los tipos penales debe valorar la oportunidad legislativa de la criminalización de determinadas conductas por su especial lesividad respecto de bienes jurídicos que considere que deban ser dotados de una especial protección. En consecuencia, desde el momento que el legislador penal opta por tipificar como delitos conductas que hasta ese momento habían sido calificadas como infracción administrativa, no cabe invocar ante el juez penal el Principio de intervención mínima como fundamento jurídico para la obtención de una sentencia absolutoria.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), de 28 marzo de 2006, núm. 363/2006, Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a) de 4 de junio de 2012, número 497/2012, Ponente: Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz.

En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de julio de 2002⁸⁷, declarando:

"El principio de intervención mínima puede ser postulado en el plano de la política criminal, tratando de orientar al legislador hacia una restricción de las conductas que deben merecer una respuesta penal. Una vez tipificada una conducta como delito por el legislador democráticamente legitimado, la aplicación judicial del precepto no debe estar inspirada por el principio de intervención mínima sino por el de legalidad, siendo éste entre nosotros el que obliga a no apreciar la existencia de un delito, a tenor de lo dispuesto en el art. 5 CP, sino cuando el hecho típico se realiza, según los casos, con dolo o por imprudencia".

Esta doctrina también es recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 marzo de 2006⁸⁸ en la que establece

"Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal, como última "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."

En la misma línea puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013⁸⁹ en la que con cita de la STS 1484/2005 de 28/2/2005⁹⁰ establece:

"En todo caso, se debe señalar que el principio de mínima intervención no es un principio de la interpretación del derecho penal, sino de la política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador. Se trata de un principio que en el momento

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 8 de julio de 2002, núm. 1350/2002, Ponente: Excmo. Sr. José Jiménez Villarejo.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 28 marzo de 2006, núm. 363/2006, Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 27 de mayo de 2013, núm. 448/2013 Ponente: Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta.

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 28 febrero de 2005, núm. 1484/2005, Ponente: Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater.

de la aplicación del derecho penal se refleja en la posibilidad de una interpretación estricta de la ley penal, que, en las concepciones actuales, significa que el principio de legalidad excluye la generalización del contenido del texto legal basado en la extensión analógica del mismo. El Derecho Penal vigente no contiene la posibilidad de excluir por razones de oportunidad los hechos de poca significación, lo que, en este caso, ni siquiera se podría plantear dada la entidad y trascendencia del bien jurídico tutelado. 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. La consideración del Derecho Penal, como "ultima ratio", trata de reducir su aplicación al mínimo indispensable para el control social lo que puede ser 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".

5.3.2.- El Principio de intervención mínima y los delitos urbanísticos

Una vez sentados los presupuestos del Principio de intervención mínima del Derecho Penal procede analizar si realmente en 1995 se daba una situación social de grave riesgo para la ordenación del territorio que hiciera necesario la tipificación de los delitos urbanísticos, más allá de su represión administrativa.

En este sentido, la Exposición de Motivos del CP de 1995⁹¹ con referencia expresa al Principio de intervención mínima en Derecho Penal justifica la tipificación de los delitos urbanísticos, en los siguientes términos:

"Se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser. En el primer sentido, merece destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales".

⁹¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal, BOE 24 noviembre 1995, núm. 281, (pág. 33987); rect. BOE 2 marzo 1996, núm. 54, (pág. 8401).

Siguiendo a HASSEMER⁹² podemos afirmar que la tipificación penal de los delitos contra la ordenación del territorio obedece a la concepción actual del Derecho Penal como paradigma preventivo que persigue la mejora del mundo a través del Derecho Penal. Así, lejos de las teorías retributivas que en otro tiempo habrían servido de fundamento al Derecho Penal, en el entendimiento de que el mismo perseguía el castigo del delincuente, ahora dicha disciplina jurídica sería un instrumento de la seguridad ciudadana utilizado para mejorar problemas procedentes de otras disciplinas, como sería en este caso el Derecho Administrativo.

A final del Siglo XX se produce un nuevo enfoque en el ámbito criminológico, según el cual se considera que la delincuencia es la consecuencia de la ausencia de un suficiente control social, por lo que es necesario incrementar dicho control mediante la expansión de la regulación penal a otros ámbitos que hasta ese momento estarían regulados por la normativa administrativa. Como señala DIEZ RIPOLLÉS⁹³ dentro de la "*Criminología administrativa o la criminología actuarial*" los delincuentes se presentan como personas normales, integradas socialmente en la comunidad, que actúan de modo racional y que se limitarían a aprovechar las oportunidades de delinquir que se le presentan en su vida cotidiana.

Así, los delitos sobre la ordenación del territorio se presentan como una expansión del Derecho Penal a un ámbito fuertemente regulado en Derecho Administrativo, ante la necesidad de ordenar el fenómeno inmobiliario que durante las últimas dos décadas del Siglo XX había entrado en una fase de absoluto descontrol, generando una grave alarma social. Esta criminalización de las infracciones urbanísticas se realiza partiendo del presupuesto de que la amenaza de la sanción penal contribuirá a la minoración de dichas conductas, presupuesto que en opinión de ACALE SÁNCHEZ⁹⁴ no siempre se cumple por motivos tan

⁹² HASSEMER, "*La seguridad por intermedio del Derecho penal*", en MUÑOZ CONDE (Director), Problemas actuales del Derecho Penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, Valencia, 2008, pág. 28.

⁹³ DIEZ RIPOLLÉS, "*El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*", RECPC 06-03 (2004), pp.19 ss.

⁹⁴ ACALE SÁNCHEZ: Derecho Penal del medio ambiente. «Delitos sobre la ordenación del territorio» TERRADILLOS BASOCO (ed.) 1997, págs. 14-16, y ORTEGA MONTORO:

varios como son las causas de la proliferación de infracciones, que usualmente tienen su origen en complejos fenómenos socio-jurídicos, no fáciles de encauzar sólo con regulaciones normativas o como consecuencia de la propia redacción de los tipos penales que al tomar conceptos propios del Derecho Administrativo conlleva problemas para encajar la conducta en el tipo delictivo y en su aplicación a nivel procesal, como ha puesto de manifiesto la citada autora.⁹⁵

Ante esta problemática parece, como apunta CARMONA SALGADO⁹⁶, que la regulación penal de los Delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo el único efecto que van a producir va a ser el de quedarse en mero Derecho Penal simbólico, destinado a tranquilizar a la ciudadanía, pero resultando inane desde el punto de vista de la prevención penal.

Desde el punto de vista jurisprudencial nuestro Tribunal Supremo justifica la tipificación penal de la construcción no legalizable en suelo no urbanizable con dos argumentos fundamentales, de una parte la ineficacia palmaria de la Administración en la represión de dichos ilícitos y, de otra parte, en la necesidad de dotar de una protección real la ordenación del territorio como bien material, dando cumplimiento al mandato constitucional de "*utilización racional del suelo orientada a los intereses generales*"⁹⁷. En sentido, nuestro más alto tribunal ya señaló en la Sentencia de 28 marzo de 2006⁹⁸:

"Pues bien no podemos olvidar que el epígrafe del capítulo, en el que se contiene el delito que analizamos, identifica el bien jurídico protegido por el mismo: la ordenación

Los delitos contra la ordenación del territorio en el Código Penal de 1995. LL, 1997-VII, págs. 1537-1538.

⁹⁵ ACALE SÁNCHEZ: "*Primeros pronunciamientos jurisprudenciales en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio: Comentarios a la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 3 de Jerez de la Frontera, de 7 de mayo de 1998. AP, 1999*", págs. 1 y ss.

⁹⁶ CARMONA SALGADO: COBO DEL ROSAL (dir.) "*Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial*", 1997, págs. 20-21.

⁹⁷ Art. 47, párrafo 2 CE: "*Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.*".

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a) de 28 marzo de 2006, núm. 363/2006, Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

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", 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."

Por su parte la jurisprudencia constitucional ha admitido de forma reiterada desde hace años que el legislador tiene libertad para decidir en cada momento qué conductas deben ser tipificadas como delito y qué penas deben corresponderles (SSTC 55/1996, 129/1996, 161/1997, 53/1994, etc.). Así, en la Sentencia de 28 de marzo de 1996⁹⁹ declara:

"En el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática."

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 28 de marzo de 1996, núm. 55/1996, Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer.

LUZÓN CUESTA¹⁰⁰ considera que la penalización de los ilícitos urbanísticos realizada por el CP de 1995 obtuvo un importante refrendo en el ámbito de la Unión Europea con la trascendental Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 13 de septiembre de 2005¹⁰¹, que con cita de la protección de la ordenación del territorio y del medio ambiente, admitió que la protección del medio ambiente requiere de los Estados miembros la regulación de sanciones penales. Así, en este caso la Unión Europea actuó como ha denominado la doctrina¹⁰² con un efecto “*espada*”, utilizando la norma comunitaria para motivar o fundamentar la aplicación de una norma penal nacional.

El CP de 1995 regula los inicialmente denominados “*delitos sobre la ordenación del territorio*” con fundamento en el reconocimiento constitucional del “*derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo*”, contenido en el Art. 45 de la Constitución Española. El citado precepto constitucional establece asimismo la obligación de los poderes públicos de velar “*por la utilización racional de todos los recursos naturales*”, remitiendo a la ley el establecimiento de las “*sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado*” que se impongan a quienes violen ese deber. A pesar de que el Art. 45¹⁰³ de la CE no hace una referencia expresa a la ordenación

¹⁰⁰ J.M. LUZÓN CUESTA, “*Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*”, Ed. Dykinson, S.L., Madrid 2015, pág. 279.

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2005, C-176/2003.

¹⁰² A. ESTRADA CUADRAS, “*Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005*” InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona 2006, pág. 3.

¹⁰³ Art. 45 CE: “1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

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

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.”.

del territorio ni al urbanismo, el CP de 1995 en el Título XVI del Libro II bajo la rúbrica *“De los delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente”*, tipifica los delitos urbanísticos junto a los relativos a los recursos naturales y al medio ambiente.

Es el Art. 47¹⁰⁴ CE el que recoge la ordenación del territorio como objeto de protección mediante el correspondiente desarrollo legislativo estableciendo la necesidad de la regulación de *“la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”*, reconociendo previamente que *“todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”* con una obligación al respecto para los poderes públicos, quienes *“promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho”*.

Si bien es cierto que el boom inmobiliario hizo que proliferaran gran número de aberraciones urbanísticas en lugares no aptos para la edificación por tener la consideración de Suelo Rural, tales como zonas inmediatas al dominio público marítimo terrestre, zonas declaradas de especial protección de aves (ZEPA¹⁰⁵), lugares de importancia comunitaria (LIC¹⁰⁶), etc... Tampoco cabe olvidar que, como consecuencia de la generalización del tipo penal a cualquier construcción ilegal, tendrán la consideración de delincuentes no sólo aquellos promotores de grandes urbanizaciones que causen una grave lesión a la ordenación del territorio y al

¹⁰⁴ Art. 47 CE: *“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.”*.

¹⁰⁵ La Directiva Aves (Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres) ha establecido la Red de ZEPAS, una figura de protección para las 175 especies de aves consideradas más amenazadas en Europa y, especialmente, para las aves migratorias.

¹⁰⁶ Los Lugares de importancia comunitaria (LIC) se prevén en la Directiva Hábitats 92/43/CEE referidos a aquellas zonas delimitadas por los Estados miembros a partir de los criterios establecidos en la Directiva Hábitats por poseer especies animales o vegetales amenazados o representativos de un determinado ecosistema tanto en el medio terrestre como marino.

medio ambiente, sino también aquellos particulares que promuevan una pequeña vivienda unifamiliar en una zona no urbanizable que carezca de valores ambientales significativos. Por este motivo se analizará más adelante las distintas posturas jurisprudenciales mantenidas por las Audiencias Provinciales en aras a la consideración del tipo penal como un delito especial por razón de la cualificación profesional del sujeto activo, entendiendo como “promotor” al profesional de la construcción o bien entendiendo que puede serlo cualquier particular que no se dedique a la promoción inmobiliaria.

Llegados a este punto, se debe traer a colación el Principio Proporcionalidad de la pena, ya en su día defendido por Beccaria¹⁰⁷ al propugnar que las penas deben ser moderadas antes que crueles o graves, pues consideraba que su eficacia dependía de su proporcionalidad y efectivo cumplimiento y que se justificaban más que para reprimir al delincuente para prevenir a otros de hacer lo mismo.

El Tribunal Constitucional¹⁰⁸ ha entendido que el principio de proporcionalidad sancionadora penal que, está vinculado a los principios constitucionales de derecho a la libertad personal (Art. 17 CE) y el principio de legalidad en materia sancionadora (Art. 25.1 CE) al ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito.

En el ámbito europeo también encontramos reconocido el principio de proporcionalidad de la pena, así en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁰⁹ en su Artículo 49, apartado 3, establece: “*La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción*”.

El principio de proporcionalidad de la sanción penal expresado en síntesis, se cumplirá cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución, siendo necesario comparar la entidad del delito y la entidad de la pena.

¹⁰⁷ BECCARIA, “De los delitos y las penas”, 1764.

¹⁰⁸ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 20-07-1999, núm. 136/1999, publicada en el BOE el día 18-08-1999, Ponente: Excmo. Sr. Viver Pi-Sunyer).

¹⁰⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007, Parlamento Europeo, Consejo y Comisión de la Unión Europea, Publicado en DOUEC núm. 303 de 14 de Diciembre de 2007.

Como establece el Auto del Tribunal Constitucional de 7 de junio de 2004¹¹⁰:

“Desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesaria, cuando «a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador. Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concorra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (SSTC 55/1996, FF JJ 8 y 9; 136/1999, F. 23).”

No cabe duda de que el legislador dispone de la potestad suficiente para criminalizar o discriminalizar determinadas conductas que en un momento dado considere procedente por razones de política legislativa, más en el caso de los delitos sobre la ordenación del territorio que se enmarcaría entre los delitos que la doctrina clásica calificaba como *“mala quia prohibita”*, por tratarse de delitos formales cuya existencia obedecía a criterios de oportunidad, por contraposición a los delitos *“mala in se”*, con los que los se referían a aquellas conductas que agravan o lesionan normas éticas con sede en la conciencia de todo sujeto, necesarias para la convivencia y pertenecientes al vigente contexto socio-cultural. Así, en opinión de DIEZ PICAZO mientras los delitos *“mala in se”* son, de hecho, insuprimibles, los delitos *“mala quia prohibita”* pueden ser reemplazados por otros instrumentos de regulación social.¹¹¹ Por lo que, en aras del respeto al principio de proporcionalidad de la pena, procedería analizar si verdaderamente ha resultado eficaz la criminalización de las conductas que hasta 1995 habían sido infracciones urbanísticas o realmente sería más útil y acorde al principio de intervención mínima del Derecho Penal, el castigo de dichas conductas en el ámbito administrativo con mayor garantía en la ejecución del restablecimiento de la legalidad urbanística infringida.

¹¹⁰ Auto del Tribunal Constitucional (Pleno) de 7 de junio de 2004, núm. 233/2004.

¹¹¹ L. DÍEZ-PICAZO, *“El principio de legalidad penal”*. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Sistema de Derechos Fundamentales. Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2008. Pág 13.

Así las cosas, aquellos supuestos de delitos sobre la ordenación del territorio consistentes en pequeñas construcciones realizadas por particulares, como puede ser el caso de un cuarto de aperos en suelo no urbanizable o una construcción en suelo clasificado como no urbanizable pero en la realidad destinado al uso residencial por la existencia de numerosas construcciones en el entorno, cabría preguntarse si dichos supuestos representan un ataque intolerable a la propia existencia de la sociedad o más bien serían lo que el Tribunal Supremo denomina “delitos bagatelas” que deberían ser despenalizados por no revestir un reproche social relevante¹¹².

Una última reflexión sobre si era necesaria la tipificación penal de las construcciones no legalizables exige analizar la paradoja que se da en la práctica sobre la menor sanción pecuniaria que se impone al promotor de la construcción en el ámbito penal que en el ámbito administrativo. Así, resulta que a pesar de que el delito urbanístico representa un ataque más grave al bien jurídico protegido que la infracción administrativa, por conllevar un plus de antijuridicidad respecto de la infracción urbanística, la multa impuesta por la Administración como consecuencia de la comisión de la infracción urbanística es muy superior a la impuesta en la condena penal, lo que hace que los responsables de estas conductas prefieran ser sancionados en vía penal antes que en vía administrativa, ya que la pena privativa de libertad en los casos en que sea inferior a dos años puede dejarse en suspenso o incluso ser sustituida por otra sanción pecuniaria, resultando en definitiva más rentable ser delincuente urbanístico que infractor administrativo.

Por todo lo expuesto y siguiendo a DÍEZ-PICAZO¹¹³ se debe concluir que la

¹¹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 30 de enero de 2002, núm. 96/2002, Ponente: Excmo. Sr. José Aparicio Calvo-Rubio: “El principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le sitúa 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-, existe también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos”.

¹¹³ L. DÍEZ-PICAZO, “El principio de legalidad penal”. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Sistema de Derechos Fundamentales. Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2008. Pág. 13.

regulación de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo contenida en el CP refleja una tendencia autoritaria del Estado que conlleva consecuencias poco deseables, en especial, conlleva *“un innegable deterioro de la seguridad jurídica; y ello porque, si hay demasiadas leyes penales, éstas serán inevitablemente poco visibles y poco previsibles. Además, la inflación de leyes penales va inevitablemente acompañada de la tendencia a su aplicación selectiva, lo que no deja de ser objetable desde el punto de vista del principio de igualdad ante la ley.”* En este sentido, se debe destacar que aun habiendo transcurrido más de 20 años desde la entrada en vigor de este tipo de conductas, todavía prevalece en la conciencia popular la creencia de que si uno realiza una construcción sin licencia la única consecuencia que puede tener es una sanción económica, existiendo un completo desconocimiento de que además pueda ser sancionado con pena privativa de libertad como autor de un delito urbanístico.

5.4.- BIEN JURÍDICO

5.4.1.- Ordenación del territorio y Urbanismo

Como ya se ha apuntado con anterioridad el bien jurídico protegido por los Delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo es el mismo que en la infracción urbanística administrativa y no es otro que la ordenación del territorio o el uso racional del suelo.

La creciente preocupación del legislador por la protección de la ordenación urbanística se pone de manifiesto en la reforma del Código Penal operada mediante la Ley Orgánica 5/2010¹¹⁴, que modifica la rúbrica originaria del Capítulo I del Título XVI del Libro II, *“De los delitos sobre la ordenación del territorio”* para ampliar la protección al urbanismo (*“De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”*). Llegados a este punto conviene hacer un breve análisis de los conceptos de Ordenación del territorio y de Urbanismo.

¹¹⁴ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 del Código Penal, BOE 23 junio 2010, núm. 152, (pág. 54811).

Siguiendo a R. SANTOS DÍEZ y J. CASTELAO RODRÍGUEZ¹¹⁵ el Urbanismo puede definirse de manera sencilla como la *“ciencia, arte o técnica de construir ciudades”*. Aceptación que es compartida por A. GARCIA BELLIDO¹¹⁶ quien lo define simplemente como *“arte de la fundación de ciudades”*.

Desde el punto de vista etimológico Urbanismo procede del latín *“urbs-urbis”* que significa ciudad. En este sentido, la Real Academia de la Lengua Española¹¹⁷ contiene tres acepciones del término Urbanismo:

“1. m. Conjunto de conocimientos relacionados con la planificación y desarrollo de las ciudades. 2. m. Organización u ordenación de los edificios y espacios de una ciudad. El urbanismo de Madrid. 3. m. Concentración y distribución de la población en ciudades.”

En todas las acepciones del término Urbanismo podemos apreciar que el mismo viene referido a la ciudad, como ya puso de manifiesto I. CERDÁ SUÑER, conocido como el padre del urbanismo moderno¹¹⁸, quien como señala R. SANTOS DÍEZ y J. CASTELAO RODRÍGUEZ¹¹⁹ contrapuso los verbos *“rurizar”* con *“urbanizar”*, consistiendo este último en *“hacer ciudad”*, de donde obtuvo el término *“urbanización”* que le sirvió de base para dar nombre a su gran obra fundamental titulada *“Teoría general de la urbanización”*¹²⁰.

¹¹⁵ R. SANTOS DÍEZ y J. CASTELAO RODRÍGUEZ, *“Manual para Juristas y Técnicos”*. El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid 2005. Pág. 56.

¹¹⁶ A. GARCIA BELLIDO, *“Urbanística de las grandes ciudades del mundo antiguo. 3ª ED.* Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 2009.

¹¹⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed. Madrid: Espasa, 2014.

¹¹⁸ A. GARCIA BELLIDO calificó a I. CERDÁ SUÑER el *“primer urbanista de la moderna disciplina de las ciudades.”*

¹¹⁹ R. SANTOS DÍEZ y J. CASTELAO RODRÍGUEZ, *“Manual para Juristas y Técnicos”*. El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid 2005. Pág. 57.

¹²⁰ I. CERDÁ SUÑER, *“Teoría general de la urbanización, y aplicación de sus principios y doctrinas a la reforma y ensanche de Barcelona”*, Imprenta Española. Madrid, 1867.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia de crucial importancia 61/1997¹²¹, define el Urbanismo como:

“Disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, en el plano jurídico, se traduce en la “ordenación urbanística”, como objeto normativo de las Leyes urbanísticas (recogida en la primera Ley del Suelo de 1956, art. 1º). Sin propósito definitorio, el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades (en cuanto atribuidas o controladas por Entes públicos), tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación.”

Si bien, el Tribunal Constitucional en la citada sentencia continúa desarrollando el concepto de Urbanismo entendiendo que el mismo actúa a través de la ordenación del territorio, declarando en este sentido:

“El contenido que acaba de enunciarse se traduce en la fijación de lo que pudiéramos llamar políticas de ordenación de la ciudad, en tanto en cuanto mediante ellas se viene a determinar el cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos, y a cuyo servicio se disponen las técnicas e instrumentos urbanísticos precisos para lograr tal objetivo.”

Para concluir su definición de Urbanismo el Tribunal Constitucional en su condición de máximo intérprete de la CE, afirma que, aunque el Urbanismo no se encuentra recogido expresamente en la CE si lo está de manera indirecta por las alusiones que al mismo realiza el Art. 47. En este sentido establece:

“Ha de añadirse que, si bien la Constitución no define lo que haya de entenderse por urbanismo, sí proporciona, junto al derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (Art. 47 CE, párrafo primero), una serie de importantes principios rectores de la política, en este caso, urbanística, a las que han de atenderse en el ejercicio de sus respectivas competencias, los Entes públicos, a saber: la utilización del suelo de acuerdo

¹²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), de 20 de marzo de 1997, núm. 61/1997, Ponentes: Don Enrique Ruiz Vadillo y Don Pablo García Manzano. FJ 6.

con el interés general para impedir la especulación (Art. 47 CE, párrafo primero); y la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los Entes públicos (Art. 47 CE, párrafo segundo). Con arreglo a lo establecido en el Art. 53.3, inciso primero, CE, el reconocimiento, el respeto y la protección de tales contenidos del Art. 47 CE "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos" (SSTC 19/1982, fundamento jurídico 6 y 45/1989, fundamento jurídico 4)."

Por su parte, el Tribunal Supremo en sus últimas sentencias ha definido el Urbanismo dotándole no sólo de las características físicas de la ordenación urbana sino también añadiéndole un componente psíquico de los ciudadanos que las habitan. Así, en la Sentencia de 20 julio de 2017¹²² establece:

"En el urbanismo se encierra nada más y menos, que el equilibrio de los ciudades y de los núcleos de población en general y como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellas viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tiene que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive."

Aun cuando en la doctrina se encuentra el empleo indistinto de los términos Urbanismo y Ordenación del territorio, como si de términos sinónimos se tratara, lo cierto es que hacen referencia a realidades distintas. Así, como se ha expuesto, el Urbanismo puede definirse como el arte o la ciencia de organización de la ciudad, viniendo referida con carácter general al ámbito local, más en concreto, al municipio. Comprende las tres ramas fundamentales del Urbanismo: planeamiento, gestión y disciplina urbanística.

La Ordenación del Territorio tiene una naturaleza de función pública de ámbito general. Siguiendo a MORELL OCAÑA¹²³ se puede considerar que

"la ordenación del territorio es ...más que una política concreta, el cuadro general que enmarca y da coherencia a una vasta serie de políticas específicas. De entre ellas, por

¹²² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), de 20 julio de 2017, núm. 586/2017. Ponente: Excmo. Sr. Julián Artemio Sánchez Melgar. FJ 3.

¹²³ L. MORELL OCAÑA, "Estructuras locales y ordenación del espacio". Instituto Nacional de la Administración Pública. Madrid, 1972.

su importancia y por su tendencia a visiones generalistas, destacan poderosamente dos: la urbanística y la del desarrollo económico... En cualquier caso, la política de ordenación del territorio tiende a situarse en un plano más alto y unificar en una sola planificación general las distintas planificaciones concretas, quedando éstas convertidas en planificaciones de carácter sectorial.”¹²⁴

GARCÍA ÁLVAREZ¹²⁵, define la ordenación del territorio como

“el conjunto de actuaciones administrativas dirigidas a conseguir en un territorio, una distribución óptima de la población y de las actividades económicas y sociales, y en consecuencia, de los grandes ejes de comunicación, de los equipamientos públicos de carácter supramunicipal y de los espacios naturales libres”.

MARTÍN MATEO¹²⁶ concibe la ordenación del territorio como

“un conjunto de decisiones sobre utilización óptima de un territorio a nivel de grandes lineamientos con un horizonte temporal de medio y largo plazo y de forma tal que el espacio en cuestión constituye una plataforma adecuada para una máxima potenciación de los intereses socioeconómicos de las comunidades que le habitan”.

ACALE SÁNCHEZ¹²⁷ sintetiza el concepto de ordenación del territorio como *“una técnica de distribución territorial del suelo, en virtud de la cual se destinan a unos usos u otros, zonas enteras del territorio”.*

En el ámbito del Derecho Comunitario, la Carta Europea de la Ordenación del Territorio¹²⁸ definió la ordenación del territorio como *“La expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda sociedad.”.*

¹²⁴ R. SANTOS DÍEZ y J. CASTELAO RODRÍGUEZ, *“Manual para Juristas y Técnicos”*. El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid 2005. Pág. 102.

¹²⁵ A. GARCÍA ÁLVAREZ, *La ordenación del territorio en el Estado de las Autonomías*, Revista de Estudios Territoriales, núm. 1, enero-marzo. 1981.

¹²⁶ MARTÍN MATEO, R. «La ordenación del territorio en el nuevo marco institucional», REVL, núm. 106. 1980.

¹²⁷ ACALE SÁNCHEZ, M^a, *“Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”*, Bosch, Barcelona, 2011. Pág. 128.

¹²⁸ Carta Europea de la Ordenación del Territorio, Consejo de Europa. Conferencia Europea de Ministros responsables de Ordenación del Territorio (CEMAT), Torremolinos, España.1983.

A nivel normativo el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana¹²⁹ en su Artículo 4 se refiere a la Ordenación del territorio y ordenación urbanística como

“funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste.”.

Una vez establecidas las definiciones de Urbanismo y Ordenación del Territorio, para concluir con su análisis procede exponer sus diferencias. Con carácter genérico, PAREJO ALFONSO¹³⁰ establece que

“la distinción básica entre los dos subsistemas de planeamiento territorial, el de la ordenación del territorio y el del urbanismo, es la siguiente: el de la ordenación del territorio está avocado a las grandes magnitudes, las decisiones básicas condicionantes de la estructura del territorio y dirigidas preferentemente a la coordinación de las Administraciones; El del urbanismo está referido a la ordenación local, con contenido precios y eficacia vinculante total, incluso para los particulares.”

Por su parte, R. SANTOS DÍEZ y J. CASTELAO RODRÍGUEZ¹³¹ realizan una exhaustiva relación de las diferencias existentes entre Urbanismo y Ordenación del Territorio en atención a distintos criterios:

a) Por su ámbito de aplicación: La Ordenación del Territorio es de ámbito fundamentalmente autonómico mientras que el Urbanismo es de ámbito municipal.

b) Por su instancia competencial o su ámbito administrativo: La Ordenación del Territorio es competencia de los órganos de las Comunidades Autónomas, provinciales o insulares y el Urbanismo es de competencia municipal o local.

c) Por su finalidad: La Ordenación del Territorio tiene como objetivo la

¹²⁹ Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, BOE núm. 261 de 31 de Octubre de 2015.

¹³⁰ PAREJO ALFONSO, L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *“Lecciones de Derecho Urbanístico.”* Civitas, Madrid, 1981.

¹³¹ R. SANTOS DÍEZ y J. CASTELAO RODRÍGUEZ, *“Manual para Juristas y Técnicos”*. El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid 2005. Págs. 104 a 106.

localización de las infraestructuras y equipamientos de carácter regional y fijar las directrices que deben seguir los instrumentos de planeamiento municipal. El Urbanismo tienen como fin diseñar el modelo territorial local y la regulación del derecho de propiedad del suelo.

d) Por su contenido: La Ordenación del Territorio tiene un contenido integral, básico, para la coordinación de las diversas Administraciones Públicas y el Urbanismo tiene un contenido local preciso.

e) Por su eficacia: La Ordenación del Territorio vincula a otras Administraciones Públicas y el Urbanismo vincula además a los titulares de la propiedad privada sobre el suelo.

f) Por su jerarquía: La Ordenación del Territorio como regulación general se encuentra en un plano superior al Urbanismo que establece la planificación sectorial fijada y coordinada por la primera.

Esta diferenciación existente entre la Ordenación del Territorio y Urbanismo ha sido reflejada en las distintas normas reguladoras del suelo en nuestro país. A modo de ejemplo, se puede citar la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia (LOTURM)¹³² en la que se diferencian ambos conceptos desde el criterio competencial y de las finalidades a que deben atender. Así, en el Artículo 2 de la LOTURM se establece el “Ámbito competencial” estableciendo en su apartado 1 como competencias de la ordenación territorial: a) Instrumentos de planificación territorial, b) Modos de desarrollo, c) Coordinación con el planeamiento urbanístico y medioambiental y planificación sectorial y d) La concertación interadministrativa. En el apartado 3 del citado precepto se establece como ámbito de la actividad urbanística: a) Régimen urbanístico del suelo, b) Planeamiento urbanístico, c) Gestión y ejecución del planeamiento, d) Intervención en los mercados de suelo y patrimonios públicos de suelo, e) Intervención en el ejercicio de las facultades dominicales relativas al uso del suelo y edificación y f) Protección de la legalidad urbanística.

Por lo que respecta a las distintas finalidades de la Ordenación del Territorio y Urbanismo, el Artículo 3 de la LOTURM establece como Finalidades de la

¹³² Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia, BORM núm. 77, de 06 de Abril de 2015 y BOE núm. 104, de 01 de Mayo de 2015.

actividad administrativa en materia de ordenación del territorio: 1. Promover el desarrollo equilibrado y armónico de la Región para la consecución de unos niveles adecuados en la calidad de vida de sus habitantes, 2. Lograr la utilización racional del territorio, de acuerdo con los intereses generales, la preservación y conservación del patrimonio histórico-artístico y la gestión eficaz de los recursos naturales, energéticos, del medio ambiente y del paisaje, 3. Establecer políticas de ordenación, protección y gestión del paisaje, 4. Garantizar la coordinación interadministrativa y la participación activa en la ordenación del territorio para asegurar una objetiva ponderación de los intereses públicos, 5. Posibilitar y encauzar las iniciativas públicas y privadas de singular importancia y 6. El progreso social y económico, mediante la modernización de infraestructuras y equipamientos y la regulación del uso del suelo para favorecer la funcionalidad del tejido productivo y la atracción de nuevas inversiones.

Por su parte, el Artículo 5 de la LOTURM enumera como finalidades de la actividad administrativa en materia urbanística: 1. La utilización del suelo en congruencia con la función social de la propiedad para prevenir la especulación, garantizando el cumplimiento de las obligaciones y cargas derivadas de la presente ley y del planeamiento que la desarrolle, 2. La articulación de la ciudad como generadora de desarrollo de las actividades humanas y de sus potencialidades, 3. La consecución del principio de la justa distribución de beneficios y cargas en toda actuación urbanística, 4. La participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos, 5. El cumplimiento del derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, libre de ruido y otras inmisiones contaminantes por encima de los valores máximos permitidos, 6. La implantación de las actividades económicas en el territorio, respetando los suelos merecedores de protección, 7. Garantizar la participación ciudadana en los procesos de la actividad urbanística, 8. La calidad de los asentamientos, potenciando sus peculiares características constructivas, 9. La mejora de la calidad de vida de la población, mediante la prevención de riesgos naturales y tecnológicos, la prestación de servicios esenciales y la rehabilitación de áreas urbanas degradadas, 10. La cohesión social de la población mediante la mezcla equilibrada de usos, la integración de los sistemas e infraestructuras de transporte y previsión de las dotaciones necesarias en condiciones óptimas de accesibilidad y funcionalidad y 11. Atender, en la ordenación que hagan de los usos

del suelo, a los principios de accesibilidad universal, de movilidad, de eficiencia energética, de garantía de suministro de agua, de prevención de riesgos naturales y de accidentes graves, de prevención y protección contra la contaminación.

En conclusión, se puede decir que Ordenación del Territorio y Urbanismo son conceptos distintos, pero íntimamente relacionados, siendo la Ordenación del Territorio la responsable de establecer a nivel autonómico las políticas públicas que establecen las directrices generales en materia de suelo, que el Urbanismo desarrolla y concreta mediante sus instrumentos urbanísticos de carácter municipal.

5.4.2.- Bien jurídico de los Delitos sobre la Ordenación del territorio y Urbanismo

La primera aproximación al bien jurídico de los Delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo, siguiendo a CABALLERO SALINAS¹³³ parte de la consideración del bien jurídico protegido como “límite del Derecho Penal” de forma que sólo un bien jurídico identificado y concreto pueda dar lugar a la intervención del Derecho Penal. En esta misma línea MUÑOZ CONDE¹³⁴ señala “El concepto de bien jurídico protegido se formuló originalmente más como límite que como exigencia para la invención del Derecho Penal”.

Como ya se ha apuntado con anterioridad en la CE no encontramos una protección penal específica de la ordenación del territorio y el urbanismo, ni tan siquiera del suelo, sino que la mayoría de la doctrina entiende que los mismos deben incardinarse en la tutela penal del medio ambiente que prevé el Art. 45, al considerarlos como manifestaciones concretas del mismo. Esta reflexión nos lleva a mantener una concepción procedimental del bien jurídico, que va más allá de entenderlo como un mero objeto, como sostiene MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ¹³⁵

¹³³ CABALLERO SALINAS, J.M., “Los Delitos Urbanísticos tras la reforma de la LO 5/2010”. Editorial Aranzadi, S.A. Navarra, 2014. Pág. 47.

¹³⁴ MUÑOZ CONDE, F., “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional al Derecho penal, en el Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001. Pág. 568.

¹³⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Pág. 152.

“no sólo incluye el objeto inmediatamente protegido (bien jurídico en sentido técnico), sino también todo el entramado de intereses legítimos que subyacen en la norma penal y que operan como bienes mediatos o, en general, como ratio legis o motivo de la criminalización.”.

Llegados a este punto VIVES¹³⁶ considera que entendido el bien jurídico como una razón o conjunto de razones, lo que nos lleva a una concepción procedimental no sustancial.

Esta postura es acorde con la mantenida por CABALLERO SALINAS¹³⁷ quien en relación con el bien jurídico protegido por los Delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo, con cita a SUÁREZ MIRA-RODRIGUEZ¹³⁸, concluye que *“el suelo es el objeto material de estas tipicidades pero no representa el bien jurídico protegido por las mismas.”*

Así, desde la concepción procedimental MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ¹³⁹ sostiene que

“lo característico no es aceptar, sin más, como bienes jurídicos dignos de protección aquellos que el legislador, por el procedimiento democrático haya seleccionado (estos es, caracterizar el bien jurídico en términos de objeto), sino concebir el bien jurídico en términos de justificación, y, en concreto como un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad, en virtud del cual lo que se pretende es determinar las razones que pueden justificar inmediatamente el delito y la pena”.

Una vez establecida esta concepción procedimental del bien jurídico, como algo distinto del objeto o bien material, conviene precisar que el bien jurídico de los Delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo se incardina dentro de los denominados bienes jurídicos colectivos, los cuales se definen por

¹³⁶ VIVES, *“Sobre la concepción procedimental del bien jurídico y el doble papel que desempeña el bien jurídico”*, 1996. Pág. 484.

¹³⁷ CABALLERO SALINAS, J.M., *“Los Delitos Urbanísticos tras la reforma de la LO 5/2010”*. Editorial Aranzadi, S.A. Navarra, 2014. Pág. 63.

¹³⁸ SUÁREZ MIRA-RODRIGUEZ, JUDEL PRIETO Y PIÑOL RODRÍGUEZ, *“Manual de Derecho Penal”*, Thompson Aranzadi, Cizur menor, 2006, Tomo II. Pág. 339.

¹³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *“Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Pág. 154.

contraposición a los bienes individuales entendiendo por tal un bien que no es de naturaleza meramente individual¹⁴⁰.

Dentro de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, nos encontramos con dos categorías, los bienes jurídicos sociales generales y los bienes jurídicos difusos. Mientras los bienes jurídicos sociales generales hacen referencia a bienes pertenecientes a la sociedad en su conjunto, los bienes jurídicos difusos afectan a determinados sectores de la sociedad, pero no a la generalidad. Así, se debe concluir que el bien jurídico de los Delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo se incluye en la categoría de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos sociales generales por ser compartidos por la colectividad social.

Entrando en el fondo del estudio del concreto bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos, en la actualidad existe una tendencia doctrinal que trata de dotarle de un sustrato material, vinculando al mismo con los bienes fundamentales del individuo. Así, autores como ACALE SÁNCHEZ¹⁴¹ entienden que estos tipos penales tutelan el medio ambiente, considerando que la ordenación del territorio es un aspecto más del medio ambiente. Otros autores como R. RAMOS¹⁴², SILVA¹⁴³ o GÓRRIZ ROYO¹⁴⁴ consideran que el bien jurídico penal protegido no es otro que

“la utilización racional del territorio dirigida al logro de un medio ambiente urbano con el que preservar la calidad de vida de sus habitantes” orientada a conseguir en especial “el destino que le corresponde conforme a su naturaleza intrínseca, bien sea ésta estrictamente ecológica, cultural, histórica o netamente pública”.

Por el contrario, otros autores como MUÑOZ CONDE¹⁴⁵ entienden que los

¹⁴⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *“Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Pág. 165.

¹⁴¹ ACALE SÁNCHEZ, *“Delitos urbanísticos”*. Barcelona, 1997.

¹⁴² RODRÍGUEZ RAMOS: *“La disciplina urbanística y el nuevo CP. La protección penal del territorio”*. Actas I y II Jornadas sobre la disciplina urbanística. Zaragoza 1996.

¹⁴³ SILVA SÁNCHEZ: *“¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo CP español”*. AP, nº 23, 1998.

¹⁴⁴ GÓRRIZ ROYO, *“Protección penal de la ordenación del territorio”*. Valencia, 2003.

¹⁴⁵ MUÑOZ CONDE, *“Protección de bienes jurídicos como límite constitucional al Derecho Penal en el nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz”*. Aranzadi. Navarra 2001.

delitos contra la ordenación del territorio tienen carácter formal, no teniendo incidencia directa sobre las condiciones de vida de las personas. Estos autores consideran que la posible vinculación de los delitos urbanísticos con bienes jurídico penales individuales es un fin mediato, cuya afectación real únicamente se producirá en los casos en que exista una reiteración generalizada de conductas.

Como se ha mencionado con anterioridad, si bien es cierto que la CE no prevé el derecho a la ordenación del territorio como un bien jurídico autónomo necesitado de protección penal, también lo es el hecho de que se reconozca el derecho al medio ambiente en el Art. 45 y el derecho a la vivienda digna en el Art. 47, ambos derechos directamente vinculados con la ordenación del territorio y el urbanismo.

Por lo que respecta al derecho al medio ambiente el Art. 45 de la CE reconoce el derecho de todos *“a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.”*, imponiendo a los poderes públicos la obligación de velar *“por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.”* Es evidente, que el Urbanismo en cuanto técnica orientada en su mayor parte a la transformación del suelo de rural a urbano (gestión urbanística) tiene una incidencia directa en el medio ambiente, no sólo en los casos más flagrantes como podrían ser aquellos en los que la actuación urbanística afecte a espacios naturales protegidos, sino también en el resto de casos en los que recaiga sobre espacios naturales en los que el citado precepto constitucional va a exigir que la actuación urbanizadora se desarrolle de manera racional con criterios basados en el interés general, que maximicen la eficiencia de la utilización de los recursos naturales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad. Para garantizar esa protección de los recursos naturales, el apartado 3 del citado precepto prevé que la ley establecerá *“sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”* para quienes violen la obligación de hacer un uso racional de los recursos naturales.

De un tiempo a esta parte se ha entendido el derecho al medio ambiente como el derecho a un desarrollo sostenible, entendiendo por tal, según el Informe BRUNDLANDT¹⁴⁶, aquel desarrollo que es capaz de satisfacer las necesidades

¹⁴⁶ Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo por encargo de la Organización de Naciones Unidas, publicado en 20 de marzo de 1987.

actuales sin comprometer los recursos y posibilidades de las futuras generaciones.

El desarrollo sostenible tiene una triple vertiente:

1. Económica: consiste en buscar la eficiencia en la utilización de los recursos y el crecimiento cuantitativo.

2. Social: a fin de promover la limitación de la pobreza, el mantenimiento de los diversos sistemas sociales y culturales y la equidad social.

3. Medioambiental: se preocupa con la preservación de los sistemas físicos y biológicos (recursos naturales) que sirven de soporte a la vida de los seres humanos.

El desarrollo sostenible integrado por las citadas vertientes económica, social y medioambiental inspiran en la actualidad la normativa de protección del medio ambiente y las actuaciones urbanísticas.

El Urbanismo desde la perspectiva del desarrollo sostenible, exige que la ordenación del suelo se realice minimizando el impacto del crecimiento urbano y apostando por la regeneración de la ciudad existente. La Unión Europea insiste claramente en ello, pudiéndose citar la Estrategia Territorial Europea (ETE)¹⁴⁷ o la Comunicación de la Comisión sobre una Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano (LCEur 2004, 793)¹⁴⁸, para lo que propone un modelo de ciudad compacta y advierte de los graves inconvenientes de la urbanización dispersa o desordenada tales como: impacto ambiental, segregación social e ineficiencia económica por los elevados costes energéticos, de construcción y mantenimiento de infraestructuras y de prestación de los servicios públicos. Desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada, sino que por el contrario debe realizarse una clasificación responsable del suelo

¹⁴⁷ ETE Estrategia Territorial Europea, Hacia un desarrollo equilibrado y sostenible del territorio de la UE. Acordada en la reunión informal de Ministros responsables de ordenación del territorio en Potsdam, mayo de 1999. Publicada por la Comisión Europea.

¹⁴⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 11 de febrero de 2004 (COM [2004] 60 final, Bruselas, 11.02.2004). Epígrafe 2.4 (Urbanismo sostenible), apartado 2.4.1 (Porqué es una prioridad el urbanismo sostenible).

urbanizable necesario para atender las necesidades económicas y sociales, dirigida a la apertura a la libre competencia de la iniciativa privada para su urbanización y con la adopción de medidas efectivas contra las prácticas especulativas, obstructivas y retenedoras de suelo, de manera que el suelo con destino urbano se ponga en uso ágil y efectivamente. No cabe olvidar que el suelo urbano consolidado (ciudad existente) tiene asimismo un valor ambiental, como creación cultural colectiva que es objeto de una permanente reforma, por lo que sus características deben ser expresión de su naturaleza y su ordenación debe favorecer su rehabilitación y fomentar su uso.

Por su parte el Art. 47 de la CE reconoce el derecho de todos los españoles *“a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”* para cuya efectividad *“los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes”*, debiendo regular *“la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.”*, concluyendo con la siguiente afirmación: *“La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.”*

El derecho a la vivienda reconocido en el Art. 47 de la CE no confiere un derecho subjetivo susceptible de invocación ante los tribunales en aras a obtención directa de una vivienda *“digna y adecuada”*, constituyendo el citado precepto constitucional únicamente un mandato a los poderes públicos en cuanto que éstos están obligados a definir y ejecutar las políticas necesarias para hacer efectivo aquel derecho, configurado como un principio rector o directriz constitucional que tiene que informar la actuación de aquellos poderes (STC 152/ 1988, de 20 de julio, FJ 2)¹⁴⁹.

El derecho a la vivienda está íntimamente ligado al Urbanismo, ya que se concibe la vivienda como uno de los elementos básicos para la existencia humana, lo que conlleva la necesidad de regular la vivienda, no sólo en cuanto edificación, sino también como conjunto de bienes que constituyen *“el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”*, lo que implica que la vivienda disponga de elementos tales como urbanización, servicios, seguridad, condiciones higiénicas, etc.

¹⁴⁹ Sentencia Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 152/1988, de 20 de julio (RTC 1988\152) Conflicto Constitucional\ 1.1 núms. 325/1984327/1984328/1984410/1984, 615/1984 y 880/1987. Ponente Ilma. Sr. Don Antonio Truyol Serra.

Así, la Ordenación del Territorio como función pública tiene que estar orientada a hacer efectivo el derecho a la vivienda digna y adecuada reconocido por la Constitución. En la actualidad, la competencia en materia de urbanismo ha sido asumida por todas las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos con base en el Art. 148.1.3ª de la CE ("*la ordenación del territorio, Urbanismo y vivienda*"). Además de la normativa autonómica en materia de urbanismo habrá que atender al desarrollo municipal que de la misma realice cada Ayuntamiento mediante la aprobación del correspondiente Plan General Municipal de Ordenación y las ordenanzas municipales de edificación, que serán las normas que contengan la regulación pormenorizada en materia de Urbanismo directamente aplicables en cada municipio.

Junto a esta normativa hay que hacer referencia a la legislación estatal principalmente al Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana¹⁵⁰, (en adelante TRLSRU) y al Reglamento sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de Naturaleza Urbanística¹⁵¹, así como a la normativa preconstitucional que está integrada por la reforma que de la Ley del Suelo de 1956 se realiza por medio de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, el Texto Refundido de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976¹⁵², que incluye la Ley de 1975 y las disposiciones no derogadas de la de 1956, que fue desarrollado por tres Reglamentos: el Reglamento de Planeamiento Urbanístico de 1978¹⁵³, el

¹⁵⁰ Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, BOE núm. 261, de 31 de Octubre de 2015.

¹⁵¹ Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, BOE de 23 de Julio de 1997.

¹⁵² Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, BOE de 16 de Junio de 1976.

¹⁵³ Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento del Planeamiento Urbanístico, BOE núm. 221, de 15 de Septiembre de 1978.

Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978¹⁵⁴ (Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio) y el Reglamento de Gestión Urbanística de 1978¹⁵⁵, normas que a día de hoy conservan su vigencia¹⁵⁶.

Ante este panorama normativo tan disperso, corresponde a las Comunidades Autónomas ejercer sus propias competencias legislativas sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda inspiradas en los valores y principios constitucionales, en especial en el derecho a la vivienda digna y adecuada.

De las normas citadas hay que hacer una mención especial al TRLSRU, que en su Título VII rubricado "*Función social de la propiedad y gestión del suelo*" contiene diversas medidas de garantía del cumplimiento de la función social de la propiedad inmobiliaria, tales como la expropiación, venta o sustitución forzosas en caso de incumplimiento de la función social de la propiedad o la existencia de un patrimonio público de suelo. Finalmente, el Título VII concluye con una regulación del régimen del derecho de superficie orientado a favorecer su operatividad para facilitar el acceso de los ciudadanos a la vivienda y, con carácter general, diversificar y dinamizar las ofertas en el mercado inmobiliario.

En la práctica la especulación inmobiliaria, hace que los promotores de viviendas obtengan una gran rentabilidad económica con la venta de las mismas, incumpliendo los mandatos constitucionales relativos a la función social de la propiedad del suelo y al acceso de los ciudadanos a la vivienda. Para evitar esa especulación privada y facilitar el acceso a la vivienda de todas las personas, la ley prevé mecanismos tales como la apertura de la iniciativa privada o la mayor proporcionalidad en la participación de la Administración en las plusvalías, quien obtendrá de las actuaciones urbanísticas privadas un porcentaje que oscilará entre el 5% y 15% del aprovechamiento que las mismas generen libre de gastos de

¹⁵⁴ Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento de disciplina urbanística, BOE núm. 223 de 18 de Septiembre de 1978.

¹⁵⁵ Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana, BOE núm. 27 de 31 de Enero de 1979.

¹⁵⁶ En materia de fuentes de Derecho Urbanístico es de trascendental importancia la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo.

urbanización¹⁵⁷.

Como se ha expuesto la CE reconoce el derecho a un medio ambiente adecuado¹⁵⁸ y el derecho a una vivienda digna y adecuada¹⁵⁹, al que la propia vincula directamente con la regulación de los usos del suelo. El urbanismo español tiene por objeto la creación de ciudad, pero como consecuencia de los derechos al medio ambiente adecuado y a una vivienda digna y adecuada, este crecimiento del ámbito urbano tiene que atender a las exigencias de un desarrollo sostenible, minimizando los efectos negativos del mismo sobre el medio ambiente y ordenando el suelo de acuerdo con el interés general. Para ello, se debe partir de que el suelo es un recurso natural escaso, limitado y no renovable, debiendo concluir que todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y en consecuencia la ordenación del suelo debe hacerse atendiendo a criterios de racionalidad, de manera que se urbanice únicamente el suelo necesario para atender las necesidades económicas y sociales, adoptando medidas efectivas contra las prácticas especulativas de suelo.

Si bien es cierto que la protección de la ordenación del territorio en principio debe realizarse en el ámbito del Derecho Administrativo, es el propio Art. 45.3 de la CE el que posibilita que las vulneraciones del derecho al medio ambiente sean sancionadas mediante el Derecho Penal, abriendo la vía a que por la íntima relación existente entre el medio ambiente y el urbanismo, al recaer este último sobre un elemento esencial del medio ambiente como es el suelo, las infracciones urbanísticas más graves puedan ser objeto de sanción penal, representando el fundamento último de los delitos urbanísticos. Como sostiene CABALLERO

¹⁵⁷ Art. 18.1 b) TRLSRU: “1. Las actuaciones de urbanización a que se refiere el Artículo 7.1.a) comportan los siguientes deberes legales: b) Entregar a la Administración competente, y con destino a patrimonio público de suelo, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística. Con carácter general, el porcentaje a que se refiere el párrafo anterior no podrá ser inferior al 5 por ciento ni superior al 15 por ciento.”

¹⁵⁸ Art. 45 CE.

¹⁵⁹ Art. 47 CE.

SALINAS¹⁶⁰ “la protección penal se encuentra en el Artículo 45 referido genéricamente al medio ambiente y no específicamente al suelo” concluyendo que el CP de 1995 al tipificar los delitos urbanísticos lo hace sobre la premisa de

“haberse incorporado al elenco de bienes jurídicos protegidos unos específicamente protector del medio ambiente y, a través de la defensa del mismo, se ha creído oportuno extender la defensa penal a las más graves infracciones relativas a la ordenación del territorio.”

De todo lo expuesto se debe concluir que el bien jurídico de los delitos contra la ordenación del territorio viene representado por la utilización racional del suelo de manera sostenible como recurso material limitado y la ordenación de su uso para satisfacer el interés general.

5.4.3.- Doctrina jurisprudencial sobre el bien jurídico protegido por los delitos urbanísticos

El Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 20 de julio de 2017¹⁶¹, recopila la doctrina mantenida por la Sala Segunda desde hace años sobre el bien jurídico de los delitos urbanísticos, estableciendo al respecto:

“Como hemos dicho, en nuestra STS 529/2012, de 21 de junio, conviene recordar que la disciplina urbanística trasciende de lo que pudiera considerarse un puro problema de construcciones y licencias a ventilar por los interesados con la Administración. En el urbanismo se encierra nada más y menos, que el equilibrio de las ciudades y de los núcleos de población en general y como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellas viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tiene que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive. La humanidad, inmersa en sus exigencias respecto al modo de vivir de todos, al “habitat” de cada uno, que sin dejar de ser titular, de ese inmueble o parte de él, también afecta a todos los demás ciudadanos, ha tomado ya conciencia del problema. Todo ello exige unos planes y el sometimiento riguroso a

¹⁶⁰ “Los Delitos Urbanísticos tras la reforma de la LO 5/2010”. Editorial Aranzadi, S.A. Navarra, 2014. Pág. 53 y 54.

¹⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), de 20 julio de 2017, núm. 586/2017. Ponente: Excmo. Sr. Julián Artemio Sánchez Melgar, FJ 3.

unas normas. Con el sistema se pone en juego nuestro porvenir. Por ello es un acto muy grave que las normas que se han establecido pensando en la justicia, en la certeza y en el bien común, después, mediante actos injustos, se incumplan.

Por ello, el bien jurídico protegido en los delitos de urbanismo es la utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general. De ahí que la STS 363/2006, de 28 de marzo, precise que el epígrafe del capítulo, en el que se contiene el delito que analizamos, identifica el bien jurídico protegido por el mismo: la ordenación del territorio, pero no exclusivamente la "normativa" sobre la 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, 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 -como valor formal o meramente instrumental- sino el valor material en la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de "utilización racional del medio orientada a los intereses generales" (Arts. 45 y 47 CE), es decir de utilización racional como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general. Se trata, en consecuencia, 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 la intervención de los poderes públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social democrático de derecho que consagra nuestra Constitución."

La doctrina establecida por el Tribunal Supremo en las Sentencias 363/2006¹⁶² y 529/2012¹⁶³, es asumida por la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales de España, en cuyas sentencias se parte de la referencia a dichas resoluciones para

¹⁶² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), de 28 marzo de 2006, núm. 363/2006, Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

¹⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), de 21 junio de 2012, núm. 529/2012, Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

ir perfilando el bien jurídico de los Delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo.

Así, se puede citar a mero título ejemplificativo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de diciembre de 2014¹⁶⁴, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 26 de julio de 2017¹⁶⁵, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 12 de mayo de 2014¹⁶⁶, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 26 de febrero de 2015¹⁶⁷, o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de septiembre de 2016¹⁶⁸.

A mayor abundamiento, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 14 de abril de 2016¹⁶⁹, tras citar la sentencia STS 363/2006 de 28 de marzo, refuerza el valor de bien colectivo de la ordenación del territorio, al que hace prevalecer incluso sobre el derecho de un tercer adquirente de buena fe de la construcción ilegal, que no ha tenido conocimiento ni participación de ningún tipo en dicho delito, estableciendo a este respecto:

“Pues bien se explica con toda claridad en esta sentencia cual es el bien jurídico protegido en estos delitos contra la ordenación del territorio, que no son los intereses particulares de las personas que poseen las construcciones que no se ajustan a la legalidad, aunque las hayan adquirido de buena fe, como es nuestro caso, sino la utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general; el valor material en la ordenación del territorio en su sentido constitucional de utilización racional del medio orientada a los intereses generales. Se

¹⁶⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15^a), de 9 de diciembre de 2014, núm. 945/2014 de, Ponente: Ilmo. Sr. D Carlos Francisco Fraile Coloma.

¹⁶⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1^a), de 26 de julio de 2017, núm. 193/2017, Ponente: Ilmo. Sr. D Jaime Tartalo Hernández.

¹⁶⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 3^a), de 12 de mayo de 2014, núm. 196/2014 Ponente: Ilmo. Sr. D Agustín Alonso Roca.

¹⁶⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 1^a), de 26 de febrero de 2015, núm. 46/2015, Ponente: Ilmo. Sr. D Ignacio Marrero Francés.

¹⁶⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 2^a) de 9 de septiembre de 2016, núm. 349/2016, Ponente: Ilmo. Sr. D Montserrat Navarro García.

¹⁶⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4^a), de 14 de abril de 2016, núm. 126/2016, Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Isabel Domínguez Álvarez.

trata pues de un bien jurídico comunitario y su lesión perjudica a toda una colectividad. Hay otros medidos distintos de satisfacer y reparar el daño causado a los terceros de buena fe que no han tomado parte activa en la comisión de estos delitos, como puede ser la indemnización del daño causado, que es cosa distinta de mantener una construcción a toda costa que origina perjuicios a una colectividad.”

En esta misma se pronuncia la Audiencia Provincial de Tarragona en la Sentencia de 28 de mayo de 2015¹⁷⁰, dando un paso más en la concepción material del bien jurídico protegido por los delitos urbanísticos, llegando a concluir que si la construcción a pesar de estar realizada en suelo no urbanizable no representa una alteración sustancial de la ordenación del territorio, la conducta no es constitutiva de delito. Así, declara la citada sentencia:

“Lo anterior permite aproximarnos al contenido del bien jurídico que se protege mediante el Artículo 319.2º CP que no es la normativa urbanística, sino el valor material de ordenación del territorio entendido como utilización racional del suelo orientado a los intereses generales o como adecuación de su uso al interés general, partiendo de su condición de recurso natural limitado.

Por tanto, el objeto y los fines de protección no se miden por la correspondencia entre edificación y condiciones de la licencia para edificar. Las desviaciones del marco de la autorización son, prima facie, protegibles y reparables por la normativa administrativa sectorial. Incluso, la edificación sin licencia realizada en suelo no urbanizable cuando no afecta a espacios protegidos o de especial relevancia como los precisados en el apartado primero del Artículo 319 CP, no pasa necesariamente por la sanción penal. Lo que se castiga, porque lesiona el bien jurídico, son las acciones constructivas en un suelo no urbanizable que en atención al cómo se construye, al qué se construye, al dónde se construye o por quién se construye infringen de forma nuclear los fundamentos no de la disciplina urbanística sino de la ordenación urbanística que garantiza el uso racional, controlado, sometido a un proceso de transparencia en la autorización y en el control de la ejecución, garantizando la igualdad de todos los ciudadanos y ciudadanas en el acceso y uso del suelo.”

¹⁷⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 4ª), de 28 de mayo de 2015, núm. 223/2015, Ponente: Ilmo. Sr. D Jorge Mora Amante.

Por su parte la **Audiencia Provincial de Murcia**, desde hace años viene manteniendo la interpretación material del bien jurídico protegido por los delitos urbanísticos, como bien colectivo, así entre otras en Sentencia de 1 de marzo de 2010¹⁷¹, declara:

“Como ya se ha constatado reiteradamente desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, el Artículo 319 trata de proteger un bien jurídico comunitario cuya lesión perjudica, en mayor o menor medida a toda la colectividad; su inclusión en el ámbito penal se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos en los que se pone de manifiesto la necesidad de la intervención de los poderes públicos para la tutela de estos intereses sociales, todo ello, en congruencia con los principio rectores en esta materia de nuestra Constitución.”

Postura que reitera en la Sentencia de 12 de mayo de 2015¹⁷² con referencia expresa a las Sentencia del Tribunal Supremo 363/2006, estableciendo:

“El delito “urbanístico” no se tutela la normativa urbanística - un valor formal o meramente instrumental - sino el valor material en la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de “utilización racional del medio orientada a los intereses generales” (Arts. 45 y 47 CE), es decir, de utilización racional como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general.”

Asimismo, la Audiencia Provincial de Murcia en Sentencia de 9 de mayo de 2017¹⁷³, asumiendo la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la Sentencia 529/2912, incide en la necesidad de lesión material de la ordenación del territorio para la apreciación de delito urbanístico, concluyendo:

“Y es que como se ha puntualizado anteriormente el bien jurídico protegido en estos delitos, al ser consecuencia del Artículo 45.3 de la Constitución, no es tanto la

¹⁷¹ Sentencia Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3^a), núm. 50/2010 de 1 marzo (JUR\2010\144883). Recurso de Apelación núm. 262/2009. Ponente Ilma. Sra. María Jover Carrión.

¹⁷² Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2^a), núm. 227/2015, de 12 mayo. Ponente: Ilmo. Sr. D Fernando J. Fernández-Espinar López.

¹⁷³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2^a), de 9 de mayo de 2017, núm. 206/2017, Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Dolores Sánchez López

normativa urbanística como el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de utilización racional del suelo orientado a los intereses generales y la filosofía que emana de las normas constitucionales es la de castigar las conductas objetivamente más graves, que originen consecuencias trascendentes para la ordenación del territorio.

El precepto citado castiga conductas objetivamente graves y dolosas que ataquen un bien jurídico comunitario (la utilización racional del suelo y la adecuación de su uso al interés general); y por ello el análisis del tipo debe realizarse desde la perspectiva de la "antijuridicidad material", aplicando en su caso el principio de mínima intervención, cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado, ya que los tipos penales no pueden servir como mero reforzamiento de la autoridad administrativa, sin contenido material de antijuridicidad."

5.4.4.- Diferencia cuantitativa entre infracción urbanística y delito sobre la ordenación del territorio

El bien jurídico de los delitos contra la ordenación del territorio coincide con el de las infracciones administrativas urbanísticas, siendo este la utilización racional del suelo de manera sostenible como recurso material limitado y la ordenación de su uso para satisfacer el interés general, debiendo reservarse la tipificación penal de estas conductas para aquellos atentados más graves contra dicho bien jurídico protegido.

De acuerdo con la postura mantenida por la doctrina mayoritaria y por la jurisprudencia se puede concluir que la diferencia entre la infracción urbanística y el delito sobre la ordenación del territorio es cuantitativa y no cualitativa, teniendo ambos su fundamento en el *ius puniendi* del Estado, entendido como tal aquel derecho subjetivo del Estado para castigar las conductas que pongan en peligro la convivencia de la sociedad. Pudiendo plantearnos, como hace ACALE SÁNCHEZ¹⁷⁴, si los delitos urbanísticos representan una penalización del ámbito administrativo que se ve reforzado por la amenaza de la sanción penal.

Así las cosas, si se admite que la diferencia entre la infracción urbanística y el delito sobre la ordenación del territorio es cuantitativa, se debe concluir que sólo

¹⁷⁴ ACALE SÁNCHEZ, "Delitos urbanísticos". Barcelona, 1997.

deberán revestir la consideración de delito aquellos atentados contra la ordenación del territorio y el urbanismo que revistan especial gravedad. Atendiendo para ello, en especial, a las distintas consecuencias jurídicas que se derivan de la calificación del hecho como infracción administrativa o como delito, toda vez que sólo en este último caso estaríamos sancionando el ilícito con medidas privativas de libertad, como es el caso de la pena de prisión o el de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Por el contrario, si mantenemos la calificación del ilícito como una mera infracción urbanística, el hecho no pasará de ser sancionado con una multa económica y las correspondientes medidas de restablecimiento del orden legal infringido, ya que el Artículo 25.3 de la CE¹⁷⁵ prevé la interdicción de la Administración de la facultad para imponer medidas privativas de libertad, pudiendo en última instancia la Administración ejecutar subsidiariamente esta medidas a costa del sancionado, pero nunca adoptar medidas que conlleven una privación de su libertad personal.

Esta es la postura mantenida por el Tribunal Supremo entre otras en la Sentencia de 26 de junio de 2001¹⁷⁶ en la que establece:

"Los tipos penales que integran los llamados delitos contra la ordenación urbanística del territorio no dejan de constituir la traducción penal de infracciones administrativas preexistentes, ello plantea problemas de distinta índole en la interpretación y alcance de los conceptos normativos extrapenales dada la naturaleza de normas en blanco, incluido el de intervención mínima del Derecho Penal, lo que se ha resuelto entendiéndolo que las infracciones administrativas incardinables en la norma penal sólo pueden ser aquellas que "per se" alcanzan un contenido de gravedad suficiente o lo que es igual la conducta atentatoria contra el bien jurídico protegido por la norma penal debe alcanzar entidad suficiente para justificar su aplicación".

Admitiendo el Tribunal Supremo la diferencia cuantitativa entre la infracción urbanística y el delito sobre la ordenación del territorio en la Sentencia de 23 de

¹⁷⁵ Art. 25.3 CE: "La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad."

¹⁷⁶ Sentencia Tribunal Supremo (Sala 2^a de lo Penal). Sentencia núm. 1.250/2001 de 26 de junio Recurso de Casación núm. 4.416/1999 por quebrantamiento de forma. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz. (RJ\2002\4521).

mayo de 2005¹⁷⁷, al establecer:

“La distinción entre el ilícito penal y el administrativo radica en la gravedad de la infracción cuya calificación atiende, en primer lugar, a criterios materiales que reservan la sanción penal para aquellas conductas que pongan el bien jurídico protegido en una situación de peligro grave; en segundo lugar, por razón del desvalor ético-social que la conducta merezca en el contexto cultural. El ámbito típico punitivo ha de restringirse, de acuerdo con los principios de intervención mínima, subsidiaridad y última ratio, a los supuestos en que resulte afectado el objeto material del delito, pues el elemento configurador de la tipicidad penal y de su antijuridicidad material lo constituye la lesión del bien jurídico penal.”

Llegados a este punto, se debe poner de manifiesto lo paradójico que resulta en la práctica, que las consecuencias jurídicas de la infracción urbanística sean más gravosas para el promotor de una construcción no legalizable en suelo no urbanizable que las del delito contra la ordenación del territorio. De conformidad con la doctrina que considera que la diferencia entre infracción urbanística y delito sobre la ordenación del territorio es cuantitativa, parece claro que al ser el delito una conducta más grave que la infracción administrativa las consecuencias de aquel deberían ser más perjudiciales para el infractor que las de la infracción administrativa, sin embargo en la práctica nos encontramos con que la sanción económica impuesta por la Administración es mucho más elevada que la que pueden imponer los tribunales, lo que conlleva que los responsables de dichas infracciones prefieran ser sancionados en vía penal antes que en vía administrativa.

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 23 de mayo de 2005, núm. 663/2005, Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, FJ 15.

VI

**LA CONSTRUCCIÓN
ILEGAL COMO DELITO EN
EL CP DE 1995**

VI.- LA CONSTRUCCIÓN ILEGAL COMO DELITO EN EL CP DE 1995

6.1.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

6.1.1. Proyecto de Ley Orgánica del CP de 1980

La primera referencia legal a la protección penal de la ordenación del territorio como bien jurídico en Derecho Español se encuentra en el Proyecto de Ley Orgánica del CP de 1980. Este Proyecto recogía dentro de su Título VIII, bajo la rúbrica *“Delitos contra el orden socio-económico”*, como Capítulo X los que denominaba *“Delitos contra la ordenación urbanística”*, tipificando en los Arts. 382 a 385 como delitos conductas tales como la información favorable respecto de los *“Proyectos de edificación o concesión de licencias notoriamente contrarias a las normas urbanísticas vigentes”* o la *“votación de su ilegalidad”* por *“los miembros del organismo otorgante”*. Si bien como consecuencia de las enmiendas parlamentarias formuladas a este texto el mismo no prosperó.

6.1.2.- Propuesta de nuevo Código Penal de 1983

En 1983 la Propuesta de nuevo Código Penal en el Título XIII del Libro II, dedica el Capítulo I a los delitos urbanísticos bajo la rúbrica *“De los delitos relativos a la Ordenación del Territorio”*, tipificando en los Arts. 307 y 308 dos tipos básicos relativos a la construcción sin licencia y con daño grave a los intereses protegidos por el ordenamiento urbanístico, en suelo inedificable o destinado por el planeamiento a equipamientos públicos o de interés comunitario y a la parcelación o levantamiento de edificios excediéndose de alturas o volúmenes, realizados en contravención grave de las normas urbanísticas, respectivamente. Estas conductas se agravarían cuando afectase a suelo destinado a viales, zonas verdes, áreas docentes, espacios libres o valores de considerable valor paisajístico, histórico o cultural.

6.1.3.- Anteproyecto de Código Penal de 1992

El Anteproyecto de Código Penal de 1992 en los Arts. 303 y 304 regula los delitos urbanísticos bajo la rúbrica "*De los delitos relativos a la ordenación del territorio, medio ambiente, caza y pesca*". Más en concreto, el Art. 303 tipifica como delito el llevar a cabo una construcción no autorizada en suelo no urbanizable o en lugares de considerable valor paisajístico, artístico, histórico o cultural.

6.1.4.- Proyecto de Código Penal de 1992

El Proyecto de Código Penal de 1992, en el Título XIII, bajo la rúbrica "*De los delitos relativos a la ordenación del territorio y a la protección de los recursos naturales y de la vida silvestre*", en los Arts. 310 y 311 tipifica los delitos urbanísticos. Así, el Art. 310 del Proyecto de 1992 castiga el llevar a cabo una construcción no autorizada en suelo no autorizable o en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, artístico, histórico, cultural o por los mismos motivos hayan sido de especial protección.

6.1.5.- Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994

Finalmente, el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994 en sus Arts. 305 y 306 tipifica los delitos contra la ordenación del territorio como antecedente inmediato al Código Penal de 1995. Este último Proyecto castiga a los promotores, constructores o técnicos directores que llevaren a cabo una construcción no autorizada en viales, zonas verdes o lugares que tuvieran legal o administrativamente reconocido su valor artístico, paisajístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hubiesen sido considerados de especial protección.

Como consecuencia de la discusión parlamentaria el texto propuesto como Proyecto experimenta algunos cambios, siendo el más relevante la inclusión como delito independiente de las construcciones no legalizables en suelo no urbanizable, dando lugar a los Arts. 319 y 320 del CP de 1995, incluidos en el Título XVI, Capítulo I, bajo la rúbrica "*De los delitos sobre la ordenación del territorio*" que fueron posteriormente modificados por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, pasando a denominarse el citado Capítulo I como "*De los Delitos sobre la Ordenación del Territorio y Urbanismo*".

6.2.- ELEMENTO OBJETIVO

La redacción originaria del Tipo Básico de delito urbanístico, recogido en el Art. 319.2 del CP de 1995¹⁷⁸, establecía:

“Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable.”.

Esta redacción estuvo vigente desde la entrada en vigor del CP el 24 mayo 1996 hasta el 22 diciembre 2010.

La reforma del Código Penal llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 5/2010¹⁷⁹, vigente a partir del 23 de diciembre de 2010, modificó la rúbrica del Capítulo I del Título XVI del Libro II, en la que se explicita, junto a la ordenación del territorio, el urbanismo como objeto de tutela, pasando a denominarse “*De los Delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo*”.

La Ley Orgánica 5/2010 también modifica la redacción del Tipo Básico para ampliar la conducta típica del mismo a las obras ilegales de urbanización y construcciones en sentido genérico, quedando el Art. 319.2 con el siguiente tenor literal:

“Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.”.

Asimismo, la redacción del Tipo Agravado de delito sobre la ordenación del territorio experimenta modificaciones desde su tipificación a la entrada en vigor

¹⁷⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de Noviembre de 1995.

¹⁷⁹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 152 de 23 de Junio de 2010.

del CP de 1995 hasta el momento actual. Así, el Art. 319.1 del CP de 1995 en su redacción originaria vigente desde el 24 mayo 1996 hasta el 22 diciembre 2010, establecía:

“Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.”.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio modificó el Art. 319.1 pasando a tener la siguiente redacción:

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

A continuación, se analizarán los elementos objetivos y subjetivos del Tipo Básico y Agravado de los Delitos sobre la Ordenación del Territorio y Urbanismo, completando el contenido de los mismos con la normativa administrativa urbanística y con la interpretación contenida en los pronunciamientos jurisprudenciales dictados por nuestros tribunales.

6.2.1.- Ejecución de obras de urbanización, construcción o edificación

La redacción originaria del Art. 319 venía referida únicamente a la ejecución de una “construcción” para el tipo agravado del apartado 1 y de una “edificación”

en el tipo básico del apartado 2. La reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 vino a unificar los dos tipos básico y agravado, ampliando el supuesto de hecho para ambos tipos a “obras de urbanización, construcción o edificación”. Como el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 explicita

“se amplía el ámbito de las conductas típicas a las obras ilegales o clandestinas de urbanización, ya que éstas pueden tener un mayor impacto sobre el territorio que las de mera construcción o edificación, a las que además suelen preceder.”

Esta ampliación del tipo penal vino a dotar de mayor protección al bien jurídico, que puede verse gravemente afectado por obras que no supongan una edificación o construcción en sentido estricto, tales como obras de urbanización para abrir zanjas o canalizaciones, segregaciones, agregaciones, movimientos de tierras, excavaciones, derribos, alteraciones de elementos exteriores, etc.

Esta concepción amplia de la conducta típica de los delitos urbanísticos venía siendo mantenida por la jurisprudencia, aún antes de la reforma del CP de 2010. Así, el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 54/2012, de 7 de febrero¹⁸⁰, sobre el Caso Avispero, estableció:

“En cuanto al término “construcción” , como señala con acierto la sentencia de instancia, debe tenerse en cuenta el concepto introducido en la ya citada sentencia de la Sala Segunda 1182/2006, de 29 de noviembre, en asunto similar al que nos ocupa en el que en la construcción de una red de caminos cementados se había destruido la cubierta vegetal y soterrado el suelo, según el cual debe considerarse como construcción la que se produce por la obra del hombre y con el empleo de medios mecánicos y técnicos apropiados, con una sustancial modificación, con vocación de permanencia, de la configuración original de la zona geográfica afectada, debiendo tenerse en cuenta la significativa diferencia terminológica utilizada por el legislador, que emplea el vocablo “construcción” como acción típica en el epígrafe 1º del precepto, y “edificación” en el 2º, mucho más restringido que el otro.”

¹⁸⁰ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Avispero. Sentencia núm. 54/2012 de 7 febrero. Recurso de Casación 2264/2010. Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo. (RJ\2012\2348).

En la misma línea se pronunció la Audiencia Provincial de Jaén, en Sentencia de 18 de enero de 2007¹⁸¹:

“En el término «construcción» existe unanimidad en conceptuarlo como la ejecución de toda obra que modifique la naturaleza de un terreno, tratándose de obras a las que se añaden elementos físicos permanentes, no sólo las obras de arquitectura o ingeniería, por tanto, sino también toda clase de Infraestructuras como viaductos, túneles, puentes, etc”.

Las tres modalidades de obra integrantes de la conducta típica de los delitos urbanísticos (urbanización, construcción y edificación), a pesar de que en ocasiones son utilizadas de manera indistinta por la doctrina y la jurisprudencia, son susceptibles de diferenciación.

La primera conducta tipificada en el Art. 319 es la **obra de urbanización**, para realizar una aproximación a su concepto nos debemos remitir al Artículo 7.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que considera obras de urbanización:

“1) Las de nueva urbanización, que suponen el paso de un ámbito de suelo de la situación de suelo rural a la de urbanizado para crear, junto con las correspondientes infraestructuras y dotaciones públicas, una o más parcelas aptas para la edificación o uso independiente y conectadas funcionalmente con la red de los servicios exigidos por la ordenación territorial y urbanística.

2) Las que tengan por objeto reformar o renovar la urbanización de un ámbito de suelo urbanizado, en los mismos términos establecidos en el párrafo anterior.”

En al ámbito de la región de Murcia, con base en el Artículo 184 de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia, referido a los gastos de urbanización, se puede perfilar el concepto de obras de urbanización, teniendo tal consideración las obras relativas a:

¹⁸¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2^a), núm. 10/2007, de 18 de enero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Morales Ortega, FJ 2.

a) Ejecución o acondicionamiento de las vías públicas, incluida la pavimentación de calzadas y aceras, señalización y jardinería.

b) Ejecución o adecuación de los servicios urbanos exigibles conforme al planeamiento urbanístico y, al menos, los siguientes:

1.º Abastecimiento de agua potable, incluida su captación, depósito, tratamiento y distribución, así como las instalaciones de riego y los hidrantes contra incendios.

2.º Saneamiento, incluidas las conducciones y colectores de evacuación, los sumideros para la recogida de aguas pluviales y las instalaciones de depuración.

3.º Suministro de energía eléctrica, incluidas las instalaciones de conducción, transformación, distribución y alumbrado público.

4.º Redes de telecomunicaciones.

5.º Canalización e instalación de gas y de los demás servicios exigidos en cada caso por el planeamiento.

6.º Infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación, así como la conexión con los sistemas generales exteriores al ámbito de la actuación.

7.º Las empresas suministradoras de los servicios liberalizados de energía eléctrica, telecomunicaciones y gas deberán aportar los materiales necesarios para la conducción y prestación del servicio.

c) Ejecución de los espacios libres públicos, incluidos el mobiliario urbano, la jardinería y la plantación de arbolado y demás especies vegetales sostenibles.

En cuanto a las **obras de construcción**, siguiendo a CABALLERO SALINAS¹⁸² se puede establecer una relación entre construcción y edificación de especie y género, en la que la construcción es el género del que la edificación constituye una especie, pudiendo definirse la construcción en sentido negativo, por contraposición a la edificación como toda obra de nueva planta que implique un uso del suelo que conlleve su transformación con vocación de permanencia y que no se trate de un edificio destinado a la habitación de personas.

¹⁸² CABALLERO SALINAS, J.M., “Los Delitos Urbanísticos tras la reforma de la LO 5/2010”. Editorial Aranzadi, S.A. Navarra, 2014. Pág. 140.

En la normativa técnica en materia de obras no se encuentra una definición de construcción ni en la Ley de Ordenación de la Edificación, ni en el Código Técnico de la Edificación, refiriéndose ambas normas a la acción de construir edificaciones, pero sin diferenciar la construcción de la edificación¹⁸³.

De manera indirecta encontramos un concepto de construcción en el Real Decreto 1627/1997¹⁸⁴, que en su Artículo 2.1 al regular las medidas de seguridad y de salud en las obras de construcción, establece que a esos efectos se entenderá por *“Obra de construcción u obra: cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o ingeniería civil cuya relación no exhaustiva figura en el anexo I.”* Por su parte el Anexo I contiene una Relación no exhaustiva de las obras de construcción o de ingeniería civil mencionando como tales:

“a) Excavación, b) Movimiento de tierras, c) Construcción, d) Montaje y desmontaje de elementos prefabricados, e) Acondicionamiento o instalaciones, f) Transformación, g) Rehabilitación, h) Reparación, i) Desmantelamiento, j) Derribo, k) Mantenimiento, l) Conservación-Trabajos de pintura y de limpieza y m) Saneamiento.”

Por su parte el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de noviembre de 2006¹⁸⁵ establece una definición jurisprudencial de construcción, teniendo tal consideración la que *“se produce por la obra del hombre y con el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados, una sustancial modificación con vocación de permanencia de la configuración original de zona geográfica afectada”*.

Centrándonos en el concepto de **edificación**, única conducta tipificada a nivel básico antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, el Artículo 7.2 del TRLSRU lo delimita por contraposición al de obra de urbanización, estableciendo

¹⁸³ Artículo 2.2 CTE: *“El CTE se aplicará a las obras de edificación de nueva construcción, excepto a aquellas construcciones de sencillez técnica y de escasa entidad constructiva, que no tengan carácter residencial o público, ya sea de forma eventual o permanente, que se desarrollen en una sola planta y no afecten a la seguridad de las personas.”*

¹⁸⁴ Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, BOE de 25 de Octubre de 1997.

¹⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 1182/2006, de 29 de noviembre. Ponente Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo, FJ 5.

que tendrán tal consideración las que no reuniendo los requisitos establecidos para las obras de urbanización y, aun cuando requieran obras complementarias de urbanización, consistan en:

“a) Obras de nueva edificación y de sustitución de la edificación existente.

b) Obras de rehabilitación edificatoria, entendiendo por tales la realización de las obras y trabajos de mantenimiento o intervención en los edificios existentes, sus instalaciones y espacios comunes, en los términos dispuestos por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.”

Por su parte la Ley de Ordenación de la Edificación¹⁸⁶, en su Artículo 2 establece que tendrá tal consideración la construcción de un

“edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:

a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.

b) Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.

c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores.”

Especificando que tendrán la consideración de edificación las siguientes obras:

“a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.

¹⁸⁶ La LOE 38/1999 como su propia Exposición de Motivos declara *“regula el proceso de la edificación actualizando y completando la configuración legal de los agentes que intervienen en el mismo, fijando sus obligaciones para así establecer las responsabilidades y cubrir las garantías a los usuarios, en base a una definición de los requisitos básicos que deben satisfacer los edificios.”*

b) *Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.*

c) *Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección."*

Como ya puso de manifiesto la Audiencia Provincial de Córdoba en el Auto de 27 de febrero de 2003¹⁸⁷, la edificación tiene la consideración de "concepto jurídico indeterminado" más restrictivo que la construcción, estableciendo en este sentido:

"Se trata de un concepto jurídico absolutamente indeterminado, por cuanto ni siquiera la copiosa y abundantísima legislación administrativa urbanística en sus diversas esferas (supraestatal, estatal, autonómica o local) vienen a definir expresamente lo que debe entenderse con carácter general por edificación. Consecuentemente, la interpretación gramatical del término, que ha de servir de base a todo el proceso integrador y de llenado de la norma penal, nos indica que la edificación es una modalidad particular de construcción, teniendo por tanto un contenido conceptual mucho más limitado que ésta."

Este mismo Auto postula una interpretación restrictiva del término edificación con base en "los principios de fragmentariedad, última ratio e intervención mínima del Derecho penal", siguiendo esta corriente se encuentran sentencias que postulan dicha interpretación restrictiva, entendiéndose por tal "toda obra destinada a albergar personas, bien para servir de morada permanente o albergue transitorio, bien lo sea para otros fines, como por ejemplo servir de centro lúdico". Y, sobre esta base, niega la condición de edificación a los efectos de su inclusión en el tipo penal, de lo que define como "una obra destinada a la guarda de aperos".

¹⁸⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2^a) núm. 42/2003 de 27 febrero. Ponente: Ilmo. Sr. D Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre. ARP 2003\517.

Por el contrario, la Audiencia Provincial de Sevilla en Sentencia de 29 julio 2008¹⁸⁸, postula un concepto amplio del término edificación, incluyendo aquellos cuyo destino sea la habitación de personas u otros usos distintos. Así, establece:

“Para delimitar este objeto de la acción punible hemos de contar ante todo con la significación gramatical de la palabra “edificación”, que en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, 22ª edición, se equipara al “edificio”, el cual a su vez se define como: “Construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos”. No es exacto por tanto que, como se dice en la sentencia impugnada, este diccionario defina como edificio sólo la construcción destinada a “habitación o reunión de personas”, pues también es definible como tal la que se destina a otros usos, poniendo el núcleo del concepto en la nota de que se trate de una construcción fija, hecha con materiales resistentes. El Art. 25.1 de la vigente Ley de Costas, Ley 22/1988, de 28 de julio (RCL 1988, 1642), se mueve en esta misma línea cuando señala que en la zona de servidumbre de protección estarán prohibidas, entre otras, las “edificaciones destinadas a residencia o habitación” (ap. a), lo que da a entender que las que tienen este destino constituyen una clase o categoría dentro del genérico “edificaciones” el cual, por lo tanto, no se circunscribe a ellas.”

La doctrina también es muy prolija en cuanto a la concreción del término edificación. Así, algunos autores como JUAN ALBERTO/ROMEO¹⁸⁹ entienden que el tipo penal viene referido a “obras de nueva edificación”, que comprenden los tipos siguientes: a) obras de reconstrucción: son aquéllas que tienen por objeto la reposición, mediante nueva construcción, de un edificio preexistente en el mismo lugar, total o parcialmente desaparecido, reproduciendo sus características morfológicas; b) obras de sustitución: son aquellas por las que se derriba una edificación existente o parte de ella y en su lugar se erige una nueva construcción; c) obras de nueva planta: son las de nueva construcción sobre solares vacantes; d) obras de ampliación: son aquellas que incrementan el volumen construido o la ocupación en una planta de edificaciones.

¹⁸⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª), núm. 450/2008, de 29 de julio. Ponente: Ilmo. Sr. D Miguel Carmona Ruano.

¹⁸⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª) de 27 de febrero de 2003, núm. 42/2003 de 27 febrero. Ponente: Ilmo. Sr. D Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre. FJ 3. Pág. 7. ARP 2003\517.

Por su parte, RIERA AISA¹⁹⁰ entiende por edificación

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

MATÍAS¹⁹¹ comparte que la edificación es una subcategoría de la construcción, admitiendo que esta última comprende obras que no tengan por finalidad el albergue de personas, esto es, *“obras que resultan inútiles para el hombre (como por ejemplo el levantamiento de un muro de contención o de un dique, o el asfaltado de un camino) pero que son ajenas a toda idea de edificación.”*

BOLDOVA PASAMAR¹⁹² considera "edificación" toda obra cerrada con techo, como concepto más restringido que "construcción", pero incluyendo aquellas edificaciones que no estén destinadas específicamente a servir de habitación humana, ya que ni el concepto gramatical, ni el uso ordinario de la palabra, ni el concepto jurídico permite tal restricción, que excluiría del delito la edificación de como naves industriales u otras construcciones semejantes, lo que es obvio que no

¹⁹⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2^a) de 27 de febrero de 2003, núm. 42/2003 de 27 febrero. Ponente: Ilmo. Sr. D Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre. FJ 3. Pág. 7.

¹⁹¹ Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2^a) de 27 de febrero de 2003, núm. 42/2003 de 27 febrero. ARP 2003\517 Ponente: Ilmo. Sr. D Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre. FJ 3. Pág. 7.

¹⁹² BOLDOVA PASAMAR, M.A. Los delitos urbanísticos. Ed. S.A. ATELIER LIBROS. Barcelona, 2007, pág. 163.

correspondería ni a la literalidad ni a la finalidad y ámbito de protección de la norma.

En opinión de DIAZ MANZANERA¹⁹³ se puede sintetizar la doctrina jurisprudencial de los requisitos que debe cumplir una obra para ser calificada como edificación y son las siguientes:

1. Que sea una obra de nueva planta, no una reposición, ni rehabilitación, ni reconstrucción, ni reparación, ni ampliación a otra ya realizada, salvo que en estos últimos casos se altere la configuración arquitectónica del edificio.
2. Que la obra se destine a habitación o reunión de personas.
3. Que tenga una entidad o importancia suficiente para considerar que atenta al bien jurídico.
4. Que sea una obra permanente o fija al suelo, con vocación de permanencia, no movable ni desmontable fácilmente. Esta sería una de las notas más destacadas, que iría unida a otros datos indiciarios, como pueden ser el tener conexión a infraestructuras (luz, agua, etc.), o que su traslado tenga unos gastos económicos.

Así, jurisprudencialmente no se ha considerado que sea edificación:

- La rehabilitación de una casa antigua, preexistente aunque el acusado se extralimitara y aprovechara para iniciar la construcción de una nueva edificación contigua a la casa. Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 22 de diciembre de 2003¹⁹⁴.

- La ampliación de una edificación preexistente, que supuso una mínima alteración de la situación preexistente considerando que debía calificarse a lo sumo como infracción administrativa. Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 3 julio de 2006¹⁹⁵

- El acondicionamiento de edificaciones preexistentes ya construidas. Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de octubre de 2003¹⁹⁶.

¹⁹³ DIAZ MANZANERA (2008:23).

¹⁹⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 3ª), núm. 94/2003, de 22 de diciembre. Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Alonso Roca.

¹⁹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª), núm. 192/2006, de 3 julio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pío Aguirre Zamorano.

¹⁹⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3ª) núm. 396/2003, de 28 de octubre Ponente: Ilmo. Sr. D Eduardo Víctor Bermúdez Ochoa.

- La construcción realizada sobre lo ya existente o adecentar o modificar lo ya edificado. Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 28 octubre 2000¹⁹⁷.

- La construcción de un muro de protección que puede ser fácilmente derribado. Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 5 diciembre de 2000¹⁹⁸.

- Obras de desbroce y allanado del terreno dirigidas a preparar, terraplenar y parcelar el terreno rústico de su propiedad, incluyendo la construcción de caminos en su interior. Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 27 febrero de 2003¹⁹⁹.

Llegados a este punto podría decirse que la "construcción", como género, tiene significado más amplio, viniendo referida a toda modificación mediante obras de albañilería, no exigiendo la aparición fruto de esa actividad de un cuerpo con un volumen determinado como pudiera ser una edificación. Por el contrario, la "edificación" sería la obra de construcción destinada a levantar edificios. Así, la reforma del Código Penal realizada por la LO 5/2010, al ampliar la conducta típica de los delitos urbanísticos a las obras de construcción, persigue llenar el vacío legislativo que se producía cuando alguien realizara una obra que no conllevara una edificación, tales como un vallado, una piscina o una zanja.

A mayor abundamiento, para delimitar los conceptos de construcción y edificación, el Tribunal Supremo en la anteriormente citada Sentencia de 29 de noviembre de 2006²⁰⁰ establece:

"No tenemos la menor duda de que la actividad mediante la cual aparece esa red de caminos donde antes no existían, debe calificarse como "construcción", por cuanto se produce por la obra del hombre y con el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados, una sustancial modificación con vocación de permanencia de la

¹⁹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1^a), de 28 octubre 2000, Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael García Laraña.

¹⁹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 2^a), de 5 diciembre de 2000, núm. 448/2000. Ponente: Ilmo. Sr. D José María Contreras Aparicio.

¹⁹⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2^a), de 27 febrero de 2003, núm. 42/2003, Ponente: Ilmo. Sr. D Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

²⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 1182/2006, de 29 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo. FJ 5.

configuración original de zona geográfica afectada, debiéndose tener en cuenta la significativa diferencia terminológica utilizada por el legislador, que emplea el vocablo "construcción" como acción típica en el epígrafe 1º del precepto, y "edificación" en el 2º, mucho más restringido que el otro".

En la jurisprudencia menor encontramos numerosos pronunciamientos que llenan de contenido los conceptos de construcción y edificación como consecuencia de la casuística planteada a raíz de la ejecución de obras concretas. Así, la Audiencia Provincial de Islas Baleares en la Sentencia de 11 de abril de 2017²⁰¹ establece:

"La construcción, contemplada en el apartado 1 del Artículo 319 como acción y efecto de construir, tiene un sentido amplio en el que se incluyen muros y otras obras, mientras que la edificación contemplada en el apartado 2 del Artículo 319 presenta un significado más restringido y se refiere más bien a la construcción de vivienda destinada al uso y disfrute humano; pero no solo vivienda en sentido estricto."

La Audiencia Provincial de Burgos, en su Sentencia de 29 de marzo de 2003²⁰², define la edificación en los siguientes términos:

"En lo que respecta a la calificación de lo construido, no le cabe duda a la Sala de que lo construido es una «edificación». Ello es así por las siguientes razones: –Es una obra permanente adherida al suelo y sin posibilidad de su traslado. No es algo móvil o desmontable o transportable, sino que es una construcción permanente y fija. –Es una edificación que cuenta con todos sus elementos constructivos de: cimentación, puertas, ventanas, tejado, chimenea, etc. (...) con vocación de ser utilizada con los elementos constructivos, estéticos y de rehabilitabilidad para considerarlo edificio e incluso vivienda"

La Audiencia Provincial de Soria, en su Sentencia de 27 de julio de 2008²⁰³, define la edificación como: *"la acción y el resultado de construcción un edificio de carácter permanente."*

²⁰¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1ª), núm. 104/2017, de 11 de abril, Ponente: Ilmo. Sr. D Jaime Tartalo Hernández. FJ 2.

²⁰² Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª), núm. 30/2003, de 29 de marzo. Ponente: Ilmo. Sr. D Juan Miguel Carreras Maraña. FJ 1.

²⁰³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª), núm. 44/2007, de 27 julio. Ponente: Ilmo. Sr. D Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate. FJ 4.

La Audiencia Provincial de Córdoba, en Sentencia de 27 de febrero de 2003²⁰⁴, considera edificación: *"toda obra destinada a albergar personas, bien para servir de morada permanente o albergue transitorio, bien lo sea para otros fines, como por ejemplo servir de centro lúdico"*.

La Audiencia Provincial de Alicante, en Sentencia de 21 de junio de 2001²⁰⁵, establece la relación entre construcción y edificación en los siguientes términos:

"Construir significa fabricar, erigir, edificar y hacer de nuevo una cosa, y edificar significa fabricar y haber un edificio, entendiendo por tal toda la obra o fábrica construida para habitación, vivienda, o para otros usos análogos".

La Audiencia Provincial de Almería, en Sentencia de 7 de febrero de 2006²⁰⁶, reitera la relación género y especie existente entre construcción y edificación, estableciendo:

"Toda edificación sería una construcción, no toda construcción sería una edificación, pues ésta viene siendo identificada como toda obra de fábrica construida para habitación o usos análogos, en el sentido descrito en el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, según el cual, edificación significa "acción y efecto de edificar", por su parte edificar significa "fabricar o hacer un edificio" y edificio, por su parte es definido como "toda obra o fábrica construida para habitación o uso análogo, como casa, templo, teatro, y similar".

Por su parte la Audiencia Provincial de Sevilla, en sentencia de 29 de julio de 2008²⁰⁷, parte del significado gramatical del término edificación y establece:

"Para delimitar este objeto de la acción punible hemos de contar ante todo con la significación gramatical de la palabra "edificación", que en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, 22^a edición, se equipara al "edificio", el cual a su vez se define

²⁰⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2^a), núm. 42/2003, de 27 de febrero. Ponente: Ilmo. Sr. D Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre. FJ 3.

²⁰⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 7^a), núm. 315/2001, de 21 junio. Ponente: Ilma. Sra. Gracia Serrano Ruiz de Alarcón, FJ 1.

²⁰⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 2^a), núm. 41/2006, de 7 febrero, Ponente: Ilmo. Sr. D Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón. FJ 2.

²⁰⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1^a), núm. 450/2008, de 29 julio. Ponente: Ilmo. Sr. D Miguel Carmona Ruano. FJ 2.

como: "Construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos". No es exacto por tanto que, como se dice en la sentencia impugnada, este diccionario defina como edificio sólo la construcción destinada a "habitación o reunión de personas", pues también es definible como tal la que se destina a otros usos, poniendo el núcleo del concepto en la nota de que se trate de una construcción fija, hecha con materiales resistentes." Concluyendo: "por "edificación" habrá que entender toda obra cerrada con techo, como concepto más restringido que "construcción", pero en modo alguno cabe excluir del concepto aquellas edificaciones que no estén destinadas específicamente a servir de habitación humana: ni el concepto gramatical, ni el uso ordinario de la palabra, ni el concepto jurídico permite tal restricción, que excluiría del delito la edificación de como naves industriales u otras construcciones semejantes, lo que es obvio que no correspondería ni a la literalidad ni a la finalidad y ámbito de protección de la norma."

Finalmente, la Audiencia Provincial de Murcia, en Sentencia de 30 de diciembre de 2013²⁰⁸, asume la relación género y especie entre la construcción y la edificación, estableciendo:

"Es evidente que una edificación es un tipo de construcción específica, y que la construcción es una obra humana más amplia, tal y como se indica, pero que puede perfectamente, en el contexto de un texto, de un documento o de una manifestación utilizarse con identidad de sentido, especialmente cuando se especifica el tipo de construcción generada."

De la jurisprudencia expuesta puede concluirse que debe entenderse por construcción toda obra que no tenga por destino principal, como cuerpo cierto espacial sólido y permanente, la habitación del ser humano u otros usos análogos (zanjas, muros, vallados, instalación de tuberías, embalses, acequias, etc.), siendo la edificación una construcción concreta con dimensión espacial apta al uso humano, de carácter permanente y fijo, y con destino a servir directamente las necesidades de vivienda del hombre u otras análogas, como el ocio, el desarrollo de actividades económicas o industriales, de carácter dotacional o asistencial, etc.

²⁰⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª) núm. 568/2013, de 30 diciembre. Ponente: Ilmo. Sr. D Juan del Olmo Gálvez.

Llegados a este punto, debe ponerse de manifiesto que no toda construcción realizada en suelo no urbanizable que no sea susceptible de legalización deba ser considerada como delito, sino como señala la Audiencia Provincial de Sevilla en Sentencia de 29 de julio de 2008²⁰⁹, debe de tratarse de una construcción relevante o significativa, lo que es acorde con el Principio de intervención mínima del Derecho Penal anteriormente expuesto.

En el mismo sentido la Audiencia Provincial de Tarragona, en Sentencia de 28 de mayo de 2015²¹⁰

“Por tanto, el objeto y los fines de protección no se miden por la correspondencia entre edificación y condiciones de la licencia para edificar. Las desviaciones del marco de la autorización son, prima facie, protegibles y reparables por la normativa administrativa sectorial. Incluso, la edificación sin licencia realizada en suelo no urbanizable cuando no afecta a espacios protegidos o de especial relevancia como los precisados en el apartado primero del Artículo 319 CP, no pasa necesariamente por la sanción penal. Lo que se castiga, porque lesiona el bien jurídico, son las acciones constructivas en un suelo no urbanizable que en atención al cómo se construye, al qué se construye, al dónde se construye o por quién se construye infringen de forma nuclear los fundamentos no de la disciplina urbanística sino de la ordenación urbanística que garantiza el uso racional, controlado, sometido a un proceso de transparencia en la autorización y en el control de la ejecución, garantizando la igualdad de todos los ciudadanos y ciudadanas en el acceso y uso del suelo.”

Tras lo cual la citada sentencia concluye que no toda intervención en el suelo no urbanizable deba ser considerada como delito, estableciendo:

“Por tanto, conforme al principio de interpretación estricta de los tipos penales y protección del bien jurídico ya mencionados, en los delitos contra la ordenación del territorio (cuyo bien jurídico protegido, insistimos es la conservación de los usos del suelo y, en el caso del tipo agravado, el valor añadido de éste atendidos criterios

²⁰⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1^a), núm. 450/2008, de 29 julio. Ponente: Ilmo. Sr. D Miguel Carmona Ruano: *“Coincidimos, ciertamente, en que ha de tratarse de una construcción mínimamente relevante o significativa, pues no cabría considerar delictivas intervenciones mínimas o insignificantes, aunque sean de material fijo.”* FJ 2.

²¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 4^a), núm. 223/2015 de 28 de mayo, Ponente: Ilmo. Sr. D Jorge Mora Amante. FJ 1.

especiales de cualificación) no puede concluirse que cualquier alteración del suelo o actuación sobre el mismo se traduzca, de forma necesaria, en conducta delictiva con relevancia penal.”

Uno de los supuestos que se ha planteado con frecuencia ante los Tribunales es si la construcción de una piscina reviste la entidad suficiente como para ser considerada incardinable en los Delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo. Nuestro Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este extremo en la Sentencia de noviembre de 2014²¹¹ en la que concluye que sí debe considerarse como constitutiva de delito urbanístico la construcción de una piscina, declarando:

“La sentencia de esta Sala 335/2009, de 6 abril 2009 se pronuncia con meridiana claridad en el sentido de que una piscina y sus anexos sí constituyen una obra o edificación a los efectos de configurar el tipo objetivo del Art. 319.1 del C. Penal. Por lo tanto, si se pondera que en este caso no sólo se construyó una piscina y sus anexos, sino también dos soleras de hormigón, una casa prefabricada pero que fue anclada en muros de ladrillo, una terraza de ladrillo enfoscado y una caseta de bloques de fibrocemento, no cabe cuestionar que sí concurre un supuesto de obras catalogables como edificaciones o construcciones.”.

En esta misma línea se ha pronunciado en relación con las obras subterráneas, considerando que con carácter general son incardinables en la conducta típica, estableciendo la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7ª) en la Sentencia de 23 de febrero de 2012²¹²:

“La construcción se proyecta normalmente sobre el suelo, lo que no obsta, sin embargo, a la existencia de construcciones subterráneas, bien formando parte de edificios de superficie (sótanos, bodegas, etc.), bien constituyendo por sí solas construcciones subterráneas (explotaciones mineras, vías comerciales subterráneas, etc.).”

Otra casuística que se ha sido objeto de controversia por parte de nuestros tribunales es la relativa a las casas prefabricadas de madera o similares, sobre las

²¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 816/2014, de 24 de noviembre, Ponente: Excmo. Sr. Alberto Jorge Barreiro. FJ 2.

²¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7ª) núm. 108/2012 de 23 de febrero. Ponente: Ilmo. Sr. D Juan Romeo Laguna. FJ 2.

cuales encontramos criterios distintos. Así, la Audiencia Provincial de Tarragona en Sentencia de 28 de mayo de 2015²¹³, no aprecia la existencia de delito urbanístico por tratarse de un bien mueble que como consecuencia de dicha naturaleza jurídica carece de capacidad para afectar al suelo de manera grave, en este sentido declara:

“Ello permite afirmar que sólo una edificación que pueda ser considerada como bien inmueble puede afectar, con relevancia penal, al suelo como fidedigno bien inmueble. El contexto inmobiliario entre objeto de protección y acción lesiva resulta determinante para identificar el espacio de prohibición específicamente penal. Conforme a estas premisas la sala entiende que en el caso que nos ocupa, la afectación del suelo no se realiza mediante una edificación que pueda ser considerada, en términos normativos, como bien inmueble. La construcción prefabricada de madera, transportable, como bien se decanta del material probatorio aportado al plenario, no aparece adherida al suelo, en los términos exigidos por el Artículo 334.1^o CC. De contrario, se destaca que la misma puede ser trasladada de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a la que estaba unida. Característica que le atribuye la condición normativa de bien mueble tal como se previene, in litem, en el Artículo 335 CC.”

En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Valencia, en Sentencia de 29 de marzo de 2017²¹⁴, en la que no aprecia la existencia de delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, con base en el siguiente fundamento:

“No cabe entender que la instalación de una pequeña casa de madera prefabricada en una parcela cuya titularidad comparten varios jubilados haya dañado de un modo irreparable el medio ambiente. Tratándose, por las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes, de una infracción administrativa que tiene dentro de tal ámbito un cauce de actuación propio.”

²¹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 4^a), núm. 223/2015, de 28 de mayo. Ponente: Ilmo. Sr. D Jorge Mora Amante. FJ 1.

²¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 4^a) núm. 218/2017, de 29 de marzo. Ponente: Ilmo. Sra. Dña. María Josefa Julia Igual. FJ 5.

A mayor abundamiento, debe citarse el Decreto de la Ilustrísima Sr. Fiscal Jefe de Valencia de 7 de mayo de 2016²¹⁵, en el que establece

“el tipo de obras realizadas han consistido en la colocación una casa prefabricada constituyendo las mismas obras de escasa entidad en la que ni siquiera existe cimentación, ni empleo de materiales constructivos duraderos, por lo que estimamos que las obras objeto de las diligencias no pueden ser calificadas penalmente de “construcción”.

Por el contrario, la Audiencia Provincial de Cádiz, en Sentencia 24 de octubre de 2017²¹⁶, aprecia la existencia de delito sobre la ordenación del territorio por la ejecución de dos casas prefabricadas, en los siguientes términos:

“En el caso que nos ocupa es un extremo debidamente analizado por la Juez ad quo y que se da por acreditado que, el acusado ejecutó obras consistentes en crear dos bases de hormigón de 50 m2 para elevar sobre las mismas dos viviendas prefabricadas de 40 m2 en una zona calificada como suelo no urbanizable “de especial protección por legislación específica de acuíferos”, siendo el fundamento de tal calificación la protección de los suelos que albergan acuíferos para que éstos no se contaminen. Como matiza la Juez ad quo, atendiendo a tal especial protección y que no se trata de obras irrelevantes sino de dos viviendas de carácter permanente y estable, es evidente que no procede obviar la aplicación del Art. 319.1º CP por el principio de intervención mínima que no tiene aquí cabida.”

Este criterio es compartido por la Audiencia Provincial de Pontevedra que en Sentencia de 17 abril de 2009²¹⁷, aprecia la comisión de un delito urbanístico como consecuencia de la instalación de una vivienda de madera, declarando:

“Por sentado lo expuesto, se aprecia que la construcción de la vivienda incide sobre la configuración del suelo que debe ser respetado sin que pueda minimizarse con el argumento de que se trata de una simple construcción de madera, porque con

²¹⁵ Decreto de la Ilustrísima Sr. Fiscal Jefe de Valencia de 7 de mayo de 2016, Dña. Teresa Gisbert Jordá a propuesta que formula el Fiscal Sr. Miralles Gil.

²¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª), núm. 299/2017, de 24 de octubre. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Isabel Domínguez Álvarez. FJ 1.

²¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm. 81/2009, de 17 abril. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Berengua Mosquera. FJ 2.

independencia de que ello no sea admisible, debe añadirse que cuenta con estructura de hormigón armado y que se trata de un camuflaje de una vivienda en el sentido usual”.

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 12 febrero de 2016²¹⁸, estima delito urbanístico por la construcción de una casa de madera, estableciendo

“si las obras relativas a la caseta de madera sobre solera de hormigón, no estaban amparadas en normativa alguna y tienen suficiente entidad como para afectar al bien jurídico “ordenación del territorio” que protege el tipo penal aplicado (Art. 319.1 CP), lo que, confirmando la decisión de la juzgadora entendemos ocurre. Y ello porque efectivamente las mismas denotan que tenían una indudable vocación de habitabilidad y permanencia. Como refiere la sentencia de la Sección 1^a de la AP Córdoba, de 13 de marzo de 2013, “no puede perder la consideración de edificación por el hecho de que se trate de una casa prefabricada, colocada sobre el terreno, aquí losa de hormigón preparada al efecto, puesto que ello supondrá una mayor facilidad para su retirada, no de afcción al bien jurídicamente aquí protegido, que se ataca sea la casa de madera o de estructura de hormigón y ladrillos, en cuanto que la modificación del uso del suelo se produce de una forma u otra mediante una instalación estable”. En el mismo sentido, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 5^a, de 6 de marzo de 2012 que cita a su vez la de Audiencia Provincial de Almería, sec. 1^a, de 17 de enero de 2011.”.

Finalmente, debe mencionarse uno de los supuestos más planteados ante los tribunales como es el de los cuartos de aperos, por ser una práctica generalizada la de solicitar licencia para casa de aperos en una zona no urbanizable, alegando un pretendido uso agrícola y concluir llevando a cabo verdaderas viviendas con parquet y aire acondicionado. En este sentido, se puede citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 29 marzo 2003²¹⁹ en la que considera punible la construcción de una casa de aperos por tratarse de

“una obra permanente, estable, con vocación de ser utilizada y con los adecuados

²¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1^a), núm. 44/2016, de 12 de febrero. Ponente: Ilmo. Sr. D Carlos Domínguez Domínguez.

²¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1^a) 30/2003, de 29 marzo 2003, Ponente: Ilmo. Sr. D Juan Miguel Carreras Maraña. FJ 1.

elementos constructivos, estéticos, de habitabilidad y ornamentales precisos para su calificación como edificio e incluso como «vivienda», pues goza de todos los servicios y elementos propios para ello” estableciendo: “no le cabe duda a la Sala de que lo construido es una «edificación». Ello es así por las siguientes razones: –Es una obra permanente adherida al suelo y sin posibilidad de su traslado. No es algo móvil o desmontable o transportable, sino que es una construcción permanente y fija. –Es una edificación que cuenta con todos sus elementos constructivos de: cimentación, puertas, ventanas, tejado, chimenea, etc. –La edificación tiene una extensión no despreciable de 56.43 m y cuenta con porche de acceso, lo que supondría un incremento de los metros construidos hasta los 67.88 m y con techado en uno de sus laterales. Asimismo, cuenta con zona ajardinada y de césped y con un pozo para la extracción de agua y de otro pozo negro. –Incluso la perito Sr^a Isabel dice que «el acopio de leña en el cobertizo situado en uno de los laterales de la parcela, además del diseño del jardín y las características exteriores de la construcción indican que se trata de una edificación que puede utilizarse como vivienda»”

En este mismo orden de cosas, la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7^a) en la Sentencia de 23 de febrero de 2012²²⁰ aprecia la comisión de un delito sobre la ordenación del territorio por la construcción de una supuesta casa de aperos, estableciendo:

“Aun cuando los apelantes aseveran que esa edificación de 60 metros ha sido construida con la finalidad de albergar ganado, su estructura y otros elementos de la parcela denotan que se trata de una edificación dedicada al albergue, aun cuando sea temporal o esporádico, de personas. Así, se infiere de la verja de acceso a la finca y de las propias características de la edificación, que contiene, además de una puerta de acceso no apta para el ganado, sino de una puerta estándar de las usadas comúnmente en las viviendas, y sobre todo la ventanas con reja, que son simétricas y altura propia de una vivienda, no de otro tipo de construcción, como los demás elementos de la parcela, propias de una segunda vivienda y no de un lugar para encerrar ganado o animales, como lo es la conversión del terreno en jardín y no en campo para pastar animales.”.

²²⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7^a), núm. 108/2012, de 23 de febrero, Ponente: Ilmo. Sr. D Juan Romeo Laguna. FJ 2.

6.2.2.- Carácter no autorizable de las obras de urbanización, construcción o edificación

El cambio más trascendente en la regulación penal de los delitos urbanísticos viene representado por la reforma operada por la LO 5/2010 que modifica la redacción del Tipo Agravado tipificado en el Artículo 319.1 del CP, que en su redacción originaria venía referida a obra "*no autorizada*", siendo sustituido dicho término por el de obras "*no autorizables*", equiparándolo así con el Tipo Básico que siempre ha venido referido a obras "*no autorizables*".

La redacción originaria del Tipo Agravado (construcción "*no autorizada*") fue fuertemente criticado por los autores al entender que se trataba de una rígida accesoria administrativa "*por el acto*" o "*de acto*". La doctrina afirmaba que carecía de sentido alguno imponer una pena a quien realiza una construcción que no vulnera normativa alguna sobre el territorio y que, simplemente, adolece del requisito formal de la autorización. Concluyendo, que a lo que ha de atenderse no es el acto administrativo en sí, sino la normativa que le sirve de base y si ésta no se vulnera la deficiencia formal no puede convertir en ilícito un acto irrelevante en cuanto a su potencialidad lesiva. Por este motivo, antes de la citada modificación legal del precepto, la doctrina, atendiendo a una concepción material del bien jurídico, excluía del tipo penal por ausencia de lesividad aquellos edificios que en el momento de su construcción eran legalizables.

La LO 5/2010, recoge la citada reivindicación doctrinal y sustituye la expresión "*no autorizada*" por la de "*no autorizable*". Lo relevante a los efectos de apreciar la existencia de delito, es que la obra sea conforme a la normativa urbanística y, por consiguiente, susceptible de legalización, siendo indiferente que efectivamente exista el acto administrativo concreto que autorice la misma, siempre que el título habilitante se pudiera haber obtenido en el momento en el que se ejecutaron las obras.

Las consecuencias de esta modificación en la redacción del Art. 319.1 del CP de 1995 se refleja con claridad en la Sentencia del Juzgado de lo Penal N^o 2 de Murcia de 11 de febrero de 2014²²¹, en relación con la ejecución de obras en suelo

²²¹ Sentencia Juzgado de lo Penal N^o 2 de Murcia. Sentencia núm. 46/2014, de 11 febrero. Magistrada-Juez Dña. Natividad Navarro Abofalio.

clasificado por el Plan General Municipal de Ordenación de Murcia como “No Urbanizable de Protección Específica, Zona NF, Zonas de Protección de la Naturaleza y Usos Forestales, dentro de los límites de la ZEPA ES0000269 Monte El Valle y Sierras de Altahona y Escalona”, en la que concluye:

“En el caso presente, no ha quedado probado que se trate de unas construcciones no autorizables, únicamente ha resultado acreditado que cuando se realizaron en su día eran no autorizadas, ya que se llevaron a cabo sin haber obtenido la correspondiente licencia administrativa, pero éste es el cambio fundamental que ha sufrido el Artículo 319.1 del Código Penal, ya que antes de la reforma por LO 5/10 hablaba de construcción no autorizada y ahora habla de construcción no autorizable, existiendo una clara diferencia entre ambas.”.

La primera consideración que debe hacerse a la hora de estudiar el elemento del tipo penal relativo al carácter no autorizable de las obras, son los distintos supuestos que podemos encontrar de obras no autorizables. Así, la casuística es muy variada pudiendo darse el caso de que el sujeto no haya solicitado licencia de obras *ab initio*, haya solicitado licencia de obras que le haya sido denegada, habiendo obtenido licencia de obras se haya extralimitado del contenido de la misma, incluso que la propia Administración haya revocado una licencia que previamente otorgara o las obras fueran legales en un inicio, pero hayan devenido en fuera de ordenación.

Como mantiene ACALE SÁNCHEZ²²² la ley penal no tiene potestad para tipificar como delito la simple puesta en ejecución de construcciones sin licencia preceptiva y que ofrezca la posibilidad de sanar la infracción con el pago de una sanción por la desobediencia a las normas administrativas, en definitiva, si la propia Administración lo califica como un mero ilícito formal es inadmisibles que el Derecho Penal mantenga lo contrario.

Es habitual el supuesto en que el sujeto dispone de licencia administrativa para una obra pero en la ejecución material se aparta de las condiciones del título habilitante, resultando que la obra ejecutada no se encuentra amparada por la

²²² ACALE SÁNCHEZ, M^a, “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, Bosch, Barcelona, 2011. Pág. 214 y 215.

licencia concedida. Como señala FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ²²³

“las licencias y autorizaciones administrativas no son, pues, patentes de corso cuya posesión legitime por sí sola la actuación de su titular, legitimación que sólo se produce en la medida en que tales títulos no estén viciados en sí mismos por su disconformidad con el ordenamiento urbanístico”.

También encontramos otros supuestos en los que el sujeto activo del delito urbanístico con el fin de eludir el requisito del tipo penal de que la obra estuviese autorizada o fuese autorizabile, solicitaba una licencia para una obra que no era la que realmente iba a ejecutar y que sí estaba autorizada. Esta práctica denominada como *“licencia pantalla”* es rechazada por la jurisprudencia para apreciar la no existencia de delito, así lo ha declarado el Tribunal Supremo en la ya citada Sentencia núm. 196/2012, de 21 de marzo²²⁴, en la que concluye:

“La acusada Daniela construyó, lo hizo a sabiendas de la notoria ilegalidad de su proceder, y contó con la acusada Leticia como partícipe para conseguir engañosamente la licencia y para ejecutar la obra. El hecho de que se sirviera de una facultativa no implica que ignorase la ilicitud de su proceder, ni que actuase de buena fe. Más bien todo lo contrario. Si hubiese actuado con la ingenuidad que ahora pretende, hubiese buscado un Arquitecto, pues lo que quería construir y efectivamente construyó era una vivienda. Pero como sabía que no podría conseguir autorización para la vivienda ni siquiera contando con el concurso del Alcalde, pues ya su padre lo había intentado anteriormente, acudió a una Ingeniera Agrícola e hizo pasar por nave agrícola lo que iba a ser y efectivamente es una casa habitación. De ahí precisamente la evidencia de lo doloso de su proceder, desde el primer momento. Cualquiera entiende que para construir una vivienda se busca un arquitecto, no un ingeniero agrícola, igual que para revisar la salud se acude al médico y no al veterinario.

²²³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *“Manual de Derecho Urbanístico”*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014. Pág. 224.

²²⁴ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a) núm. 196/2012, de 21 marzo Recurso de Casación 1765/2011. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, (RJ\2012\4721).

Finalmente, la recurrente invoca por esta vía inapropiada la falta de concurrencia de un elemento objetivo del tipo penal del delito contra la ordenación del territorio: el que se refiere a que la construcción no haya sido autorizada. La suya lo fue, -sostiene- luego la construcción autorizada es atípica, y por ello impune. El argumento es insostenible. La vivienda, lo que construyó efectivamente, nunca fue autorizada. Incluso la nave, que nunca construyó, fue ilegalmente autorizada, lo que es lo mismo que decir que tampoco tenía autorización. No, al menos, una a la que podamos reconocer siquiera la apariencia de buen derecho.”

En el mismo sentido se pronuncia nuestro más alto tribunal, en la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 54/2012, recaída en el caso Avispero²²⁵, en la que declara:

“Por último, se alude a que los acusados obtuvieron licencias administrativas y autorizaciones que permitían las actividades desarrolladas. La afirmación es incierta, pues la nave, módulos y balsa de agua se realizaron sin solicitar licencia y autorización alguna, y en el caso que se solicitó autorización, se excedieron los acusados del ámbito de la misma para conseguir su propósito, que no era otro que la conversión del terreno en agrícola de regadío intensivo. La calificación de licencia-pantalla que realiza el Tribunal parece acertada, especialmente si se atiende al informe pericial, ratificado en el plenario, que afirma la falta de coincidencia entre las licencias que se solicitaban y la extensión y ubicación de las zonas de cultivo intensivo que se iban abriendo, amén de la imposibilidad de legalización de las obras desarrolladas porque en su conjunto afectaban a terrenos incluidos en la zona A, concluyendo el perito que los terrenos afectados por la transformación eran y son totalmente forestales y que en su actual estado la finca no cumple con su función forestal. A mayor abundamiento, una simple licencia municipal no es suficiente para alterar o modificar el uso de la finca forestal, pues de conformidad con el Artículo 40 de la Ley Forestal el cambio de uso de un terreno necesita informe y autorización del órgano forestal competente; en la misma línea, el Artículo 62 de la Ley Forestal de Andalucía 2/1992, 15 de junio, dispone que el cambio de uso de los terrenos forestales para cultivos agrícolas u otros forestales

²²⁵ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Avispero. Sentencia núm. 54/2012, de 7 febrero Recurso de Casación 2264/2010. Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo. (RJ\2012\2348).

requerirán autorización de la Administración Forestal, con independencia de la titularidad de los terrenos, sin perjuicio de las restantes autorizaciones o licencias requeridas.”

No es extraño encontrar supuestos en los que los autores de las obras tratan de defender el carácter atípico de las mismas, a modo de causa de justificación fundamentada en que dichas construcciones constituyen una práctica habitual en determinadas zonas de España, lo que rechaza el Tribunal Supremo, pudiendo citar la Sentencia de 21 de febrero de 2018 ²²⁶, en la que establece:

“recogiendo los criterios de la jurisprudencia constitucional sobre esta materia, que el Tribunal Constitucional considera que el principio de igualdad no da cobertura a un “imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad”, o “igualdad contra ley”, de modo que aquel a quien se aplica la ley no puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la norma no se aplique a otros que asimismo la han incumplido, ni puede pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes, pues la impunidad de algunos “no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos”; de modo que cada cual responde de su propia conducta con independencia de lo que ocurra con los otros (SSTC 51/1985 (RTC 1985, 51), 40/1989, 21/1992 (RTC 1992, 21), 157/1996, 27/2001 (RTC 2001, 27) y 181/2006 (RTC 2006, 181)).”

A mayor abundamiento, la calificación de una obra como autorizable o no autorizable, se ve aún más agravada en el momento actual en el que junto a la técnica tradicional de intervención urbanística de la licencia de obras, encontramos nuevas técnicas de autorización urbanística que se han generalizado en la práctica administrativa. Así, la licencia de obras ha dejado de ser el instrumento de intervención urbanística principal para ceder el protagonismo a otras técnicas como la comunicación previa o la declaración responsable, que adelantan la autorización del ciudadano para la ejecución de la obra al momento de la presentación de la documentación ante la Administración, quien *ex post facto* deberá verificar mediante sus técnicos municipales si tanto el proyecto presentado como la obra

²²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), número 88/2018, de 21 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Andrés Palomo del Arco. FJ 2.

ejecutada se ajustan a la normativa.

Habida cuenta de que el delito urbanístico es una norma penal en blanco o incompleta, para poder determinar si la obra ejecutada reviste la condición de autorizable nos deberemos remitir en cada caso la concreta norma administrativa que regule los títulos habilitantes de naturaleza urbanística. Como pone de manifiesto GÓMEZ RIVERO²²⁷ esta técnica que denomina “*accesoriedad del Derecho administrativo*” presenta dos grandes ventajas, la primera consiste en dotar de agilidad a la regulación penal y la segunda en una mayor seguridad jurídica que a su juicio representa la remisión al ámbito administrativo para la delimitación del tipo.

Con carácter general la normativa estatal establece la necesidad de obtener licencia o autorización administrativa para la ejecución de todo tipo de obras en el Art. 5 de la LOE, en el que se establece: “*La construcción de edificios, la realización de las obras que en ellos se ejecuten y su ocupación precisará las preceptivas licencias y demás autorizaciones administrativas procedentes, de conformidad con la normativa aplicable.*”.

La autorización administrativa en materia de obras es competencia de las Comunidades Autónomas, como puso de manifiesto la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997²²⁸, por lo que para determinar si una obra es autorizable se habrá de estar a lo dispuesto en la ley de suelo de la Comunidad Autónoma en la que se haya ejecutado.

Por lo que respecta a la región de Murcia la LOTURM en su Artículo 262²²⁹ prevé como títulos habilitantes de naturaleza urbanística para la ejecución de una obra la licencia, la declaración responsable y la comunicación previa.

La licencia urbanística, se regula en el Artículo 263 y la define como

²²⁷ GÓMEZ RIVERO, M.C., “*El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*” Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Págs. 24 y 25.

²²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), de 20 de marzo de 1997, núm. 61/1997, Ponentes: Don Enrique Ruiz Vadillo y Don Pablo García Manzano.

²²⁹ Art. 262 LOTURM: “*Los actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo y el subsuelo requerirán, para su lícito ejercicio de licencia, declaración responsable o comunicación previa de conformidad con lo establecido en esta ley, sin perjuicio de las demás intervenciones públicas exigibles por la legislación que les afecte y del respeto a los derechos afectados.*”

“el acto administrativo reglado por el que se autoriza la realización de actuaciones de transformación, construcción, edificación o uso del suelo o el subsuelo, expresando el objeto, de la misma y los plazos de ejercicio de conformidad con la normativa aplicable.”

Se trata de un instrumento de autorización administrativa previsto para los actos de mayor trascendencia urbanística, ya que además de exigirlo necesariamente en determinados casos de especial complejidad técnica²³⁰ como las obras de infraestructuras, instalaciones subterráneas o que afecten a edificios catalogados de especial protección, la LOTURM admite que el administrado pueda solicitarlo cuando lo estime procedente por razones de seguridad jurídica o de otro tipo²³¹.

La declaración responsable en materia de urbanismo se regula en el Artículo 264 de la LOTURM teniendo tal consideración

“el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta bajo su responsabilidad a la Administración municipal que cumple los requisitos establecidos en la normativa vigente para realizar actos de transformación, construcción, edificación o uso del suelo o el subsuelo enumerados en el párrafo siguiente, que dispone de la documentación acreditativa del cumplimiento de los anteriores requisitos y que se compromete al mantener dicho cumplimiento durante el período de tiempo inherente a la realización objeto de la declaración.”

La declaración responsable se prevé con carácter general para las obras de reforma sobre edificaciones preexistentes e incluso es admisible en obras que *a priori* deban

²³⁰ Art. 263.2 LOTURM: *“Están sujetos a licencia los siguientes actos:*

a) Los establecidos en la legislación básica estatal en materia de suelo y ordenación de la edificación.

b) Las obras de infraestructura, vialidad, servicios y otros que se realicen al margen de proyectos de urbanización debidamente aprobados.

c) Las instalaciones subterráneas dedicadas a aparcamientos u otro uso a que se destine el subsuelo.

d) Obras de todo tipo en edificaciones objeto de protección específica como intervenciones en edificios declarados BIC o catalogados por el planeamiento.”

²³¹ Art. 263.3 LOTURM: *“En todo caso, podrá solicitarse voluntariamente la licencia para los actos de transformación, construcción, edificación o uso del suelo o del subsuelo no enumerados en el párrafo anterior cuando así lo estimen conveniente los solicitantes por razones de seguridad jurídica o de otro tipo.”*

ser objeto de licencia urbanística pero que revistan escasa relevancia técnica²³².

En cuanto la comunicación previa en materia de urbanismo, el Artículo 265 de la LOTURM la regula como una técnica subsidiaria aplicable a los supuestos que no estén sujetos ni a licencia ni a declaración responsable, consistiendo en un *“documento en el que el interesado pone en conocimiento de la Administración municipal que reúne los requisitos para realizar un acto de transformación, construcción, edificación o uso del suelo o el subsuelo”*, siendo la técnica a aplicar con carácter general para la ejecución de obras menores²³³.

Una vez concretadas las tres técnicas de autorización administrativa para la intervención del suelo, lo más relevante de las mismas a efectos de los delitos urbanísticos son los efectos y control de cada una de estas modalidades. En este

²³² Art. 264.2 LOTURM: *“Están sujetos a declaración responsable en materia de urbanismo los siguientes actos:*

a) Obras de ampliación, modificación, reforma, rehabilitación o demolición sobre edificios existentes cuando no produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, la envolvente total o el conjunto del sistema estructural, o cuando no tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

b) Renovación de instalaciones en las construcciones.

c) Primera ocupación de edificaciones de nueva planta y sucesivas ocupaciones en edificios existentes.

d) La colocación de carteles y vallas publicitarias visibles desde la vía pública.

e) Instalación de redes energéticas y de comunicaciones.

f) El cerramiento de fincas.

g) Los usos y obras de carácter provisional a que se refiere la presente ley.

h) Los descritos en el Artículo 263 cuando por su escasa relevancia no se encuentren sometidos a licencia urbanística pero requieran dirección facultativa.”.

²³³ Art. 265.2 LOTURM: *“Como regla general la comunicación previa es el requisito para la realización de obras menores.*

A efectos de esta ley se conceptuarán como obras menores aquellas que por su escasa entidad constructiva y económica y sencillez en su técnica no precisan ni de proyecto técnico ni de memoria constructiva consistiendo normalmente en pequeñas obras de simple reparación, decoración, ornato o cerramiento.”.

sentido el Artículo 266²³⁴ de la LOTURM establece que la licencia produce efectos desde que se dicte el acto administrativo que la otorga, previa comprobación por parte de los técnicos municipales de que el proyecto presentado por el administrado se ajusta a la normativa urbanística. Por el contrario, la comunicación previa y la declaración responsable autorizan al administrado para la ejecución de la obra desde el día de la presentación de la totalidad de la documentación en el registro general del municipio, siendo la comprobación administrativa posterior a la ejecución de la obra.

La introducción de las técnicas de la declaración responsable y la comunicación previa para la autorización de las obras, es una exigencia de la necesidad de agilización de la burocracia administrativa, pero representa un grave peligro en el ámbito de la disciplina urbanística y penal, ya que este tipo de autorizaciones en la práctica conllevan que el sujeto se encuentre habilitado para la ejecución de las obras con la simple presentación de la documentación ante la Administración, quedando la verificación del cumplimiento de los requisitos urbanísticos a una ulterior comprobación administrativa, comprobación que no siempre puede tener lugar, bien por insuficiencia de medios de la Administración

²³⁴ Art. 266 LOTURM: "1. La licencia legitima para la realización de su objeto desde la fecha en que se dicte el correspondiente acto administrativo, sin perjuicio de la notificación y de los efectos que se derivan de la misma con arreglo a la legislación de procedimiento administrativo común.

2. La comunicación previa y la declaración responsable legitiman para la realización de su objeto desde el día de la presentación de la totalidad de la documentación requerida en el registro general del municipio.

3. El ayuntamiento dispondrá de quince días hábiles siguientes a la declaración responsable o comunicación previa para:

a) Indicar al interesado la necesidad de solicitar licencia o declaración responsable, en su caso.

b) Requerir al interesado la ampliación de la información facilitada, en cuyo caso se interrumpirá el cómputo del plazo, reiniciándose una vez cumplimentado el requerimiento.

4. El ayuntamiento deberá inspeccionar los actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo y el subsuelo a fin de comprobar que se realizan de conformidad con la licencia o el contenido de la declaración responsable o comunicación previa y en todo caso con arreglo a la normativa urbanística aplicable."

o por la propia desidia de los funcionarios. En especial, por lo que a los delitos urbanísticos se refiere bastaría con que el imputado por la ejecución de una obra ilegal dispusiera de una declaración responsable o comunicación previa para la ejecución de la obra debidamente registrada ante la Administración para que el juez considerase que la obra reviste el carácter de autorizable, eliminando así este elemento del tipo penal.

Para concluir con el estudio de las técnicas administrativas para la autorización de la ejecución de una obra, se debe puntualizar que las obras de urbanización generalmente se realizan en el ámbito de la ejecución integrada de las obras de sectores o Unidades de Actuación en desarrollo de las previsiones fijadas en el planeamiento urbanístico (Plan Parcial, Plan Especial, ...), por lo que serán objeto de un Proyecto de Urbanización de dicho ámbito, siendo el acuerdo de aprobación definitiva del citado Proyecto por el Ayuntamiento competente la autorización o licencia de las mismas. Para el resto de obras de urbanización que se realicen al margen del proyecto de urbanización, el Artículo 263.2 de la LOTURM exige la previa licencia urbanística.

Otra cuestión que plantea problemas en la práctica, es la relativa al momento en que las obras deben ser no autorizables para apreciar la existencia del delito. El carácter no autorizable de las obras significa que las mismas no sólo no estén autorizadas en el momento de su ejecución, sino que no sean susceptibles de autorización ni de legalización, aunque con posterioridad a su ejecución se pida la correspondiente licencia. Así las cosas, la doctrina mayoritaria entiende que el carácter "*no autorizable*" de la obra viene referido a que la misma sea "*no legalizable*" por ser contraria al planeamiento y, por tanto, a la normativa urbanística vigente en el momento de su ejecución. Esta postura considera atípicas aquellas obras que careciendo de licencia o habiéndose ejecutado contraviniendo la licencia concedida, sean susceptibles de regularización mediante el correspondiente procedimiento administrativo de legalización, de las mismas, por cumplir con los requisitos

previstos en la normativa urbanística (BOIX/JUANATEY²³⁵, GÓMEZ RIVERO²³⁶, GÓRRIZ ROYO²³⁷). ACALE SÁNCHEZ²³⁸ considera que la conducta se conforma en dos momentos distintos, debiendo preceder de manera ideal la autorización a la ejecución de las obras, concluyendo que con anterioridad a la reforma de 2010 las obras no autorizadas podían dejar de ser incardinables en la conducta típica si eran autorizables con posterioridad.

Esta controversia doctrinal fue recogida por la jurisprudencia, así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 21 de junio de 2001²³⁹, estableció:

“Con respecto a las expresiones edificación no autorizable y suelo no urbanizable, señala Quintero Olivares en su trabajo «infracciones urbanísticas y delitos contra la ordenación del territorio», publicado en Cuadernos de derecho judicial, CGPJ, que encontrándonos ante una norma penal en blanco, que exige su remisión a normas administrativas específicas, algunas de rango jerárquico inferior al carácter de Ley Orgánica del Código Penal, el principio de intervención mínima que informa el derecho penal obliga excluir del tipo penal aquellas edificaciones que razonablemente puedan aspirar a una legalización posterior. Igualmente, recordando a Morales Tamarit, debemos señalar que este Artículo 319.2 del Código Penal proviene de una enmienda de CIU que se justificaba para alejar del campo del derecho penal aquellas actuaciones urbanísticas realizadas en suelo no urbanizable, pero que podían ser autorizables en abstracto mediante un proceso ulterior de modificaciones. Resulta evidente que la expresión no autorizables que utiliza el precepto penal puede verse alterada si posteriormente se procede a la legalización de la situación ilegal desde origen. En el mismo sentido, Antonio Narváez en su artículo «los delitos sobre ordenación del

²³⁵ BOIX REIG J., GARCÍA RIVAS N., JUANATEY C. Y JAREÑO LEAL A.: Derecho Penal. Parte Especial, Volumen I. La Protección Penal de los Intereses Jurídicos Personales. Diciembre 2010.

²³⁶ GÓMEZ RIVERO: El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio. Valencia 2000.

²³⁷ GÓRRIZ ROYO: Protección penal de la ordenación del territorio. Valencia 2003.

²³⁸ ACALE SÁNCHEZ, M^a, “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, Bosch, Barcelona, 2011. Pág. 217.

²³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 7^a) de 21 de junio de 2001 núm. 315/2001, Ponente: Ilma. Sra. Gracia Serrano Ruiz de Alarcón. FJ 2.

territorio: la responsabilidad penal de la administración urbanística», al tratar las diferencias existentes entre el apartado 1º y 2º del Artículo 319 del Código Penal, indica que en el apartado que nos ocupa no se alude a todo tipo de construcciones, sino a las edificaciones, se sustituye el término «no autorizada» por «no autorizable», y se restringe el ámbito de aplicación del tipo penal sólo a los suelos no urbanizables frente al más amplio anterior que permitía la comisión del delito en cualquiera de las clases del suelo que prevé la legislación urbanística.”

Por su parte la Audiencia Provincial de Jaén ya estableció, en Sentencia de 18 de enero de 2007²⁴⁰, en relación con la interpretación del término obra “sin autorización”, que la misma permitía la legalización ulterior de determinadas obras realizadas inicialmente sin licencia, deviniendo las mismas atípicas y no susceptibles de ser calificadas como delito urbanístico, en los siguientes términos:

“En definitiva y aunque la utilización del término «no autorizada» (1er. pf) y «no autorizable» (2º pf) de los distintos tipos del Art. 319 del Código Penal, pueden inducir a confusión de dar a entender que en el segundo supuesto la aplicación de la norma penal es mucho más restringida, lo cierto es que por lo expuesto hasta ahora, habrá de optarse necesariamente por una interpretación amplia del concepto «autorización», pues si el bien jurídico protegido es el de preservar el buen orden de planeamiento y cumplimiento de las normas administrativas sobre la utilización racional del suelo, todas aquellas conductas que puedan ser conformes a ese planeamiento general de la zona habrán de reputarse impunes para el Derecho Penal, con independencia de que se haya obtenido o no previamente la licencia municipal de la obra o la autorización pertinente de la Junta de Andalucía, solo las conductas infractoras del buen orden urbanístico serán encuadradas en el tipo penal.”.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Murcia, en Sentencia de 30 de diciembre de 2013²⁴¹, en la que atiende al carácter material del delito urbanístico apreciando el mismo sólo en los casos en que no pueda ser

²⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2ª) de 18 de enero de 2007, núm. 10/2007, Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Morales Ortega, FJ 2.

²⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª) de 30 diciembre de 2013, núm. 568/2013, Ponente: Ilmo. Sr. D Juan del Olmo Gálvez.

legalizada la obra y exista una verdadera lesión del bien jurídico protegido, estableciendo:

“En conclusión, y tal y como ha dicho esta misma Sala en Sentencia de 3 de mayo de 2007, “para que podamos aplicar el tipo del Artículo 319. 1 será preciso no sólo que la obra no esté autorizada sino que no sea autorizable, condición ésta de no autorizable que, como ya adelantamos, es un elemento del tipo del delito previsto en el apartado segundo del Artículo 319.2”, ya que, si bien pudiera entenderse que, tal vez presupone el legislador que una construcción que no cuenta con autorización en lugares tan sensibles como los recogidos en el apartado primero del Artículo 319, es contraria al planeamiento y materialmente antijurídica, ello no va a ser siempre así, ya que “Incluso en la zonas de máxima protección de un parque Natural, como el de Frente Litoral Algeciras Tarifa, se permiten determinadas construcciones o edificaciones con ciertos requisitos”, aparte de que “el delito no sólo es una acción típica sino también antijurídica y por tanto ha de lesionar materialmente al bien jurídico protegido. Y si el bien jurídico protegido en delitos como el de autos es ese valor que hemos llamado ordenación del territorio en el sentido de utilización racional de éste a favor de los intereses generales, difícilmente se puede sostener que sea antijurídica una construcción no autorizada pero legalizable por la normativa urbanística aplicable al caso”.

Otro supuesto discutido por la doctrina es aquel que se plantea en el caso de que la obra no sea susceptible de legalización conforme al planeamiento vigente en el momento de su realización, pero posteriormente deviene legalizable como consecuencia de una modificación ulterior del planeamiento urbanístico. Un sector de la doctrina, como GÓMEZ RIVERO²⁴², entiende que al tratarse de una obra legalizable aunque sea a posteriori la conducta quedaría excluida del tipo penal. Por el contrario, hay otro sector doctrinal, como GÓRRIZ ROYO²⁴³, que considera que si la obra no era legalizable en el momento de la realización del injusto típico el delito se consumó, no pudiendo quedar destipificado por una variación posterior del planeamiento urbanístico. Así, este sector considera que la exención de responsabilidad penal sólo sería posible a través de una causa de anulación de la

²⁴² GÓMEZ RIVERO: El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio. Valencia 2000.

²⁴³ GÓRRIZ ROYO: Protección penal de la ordenación del territorio. Valencia, 2003.

pena que el legislador penal no ha creado, a diferencia de lo que sucede con otros delitos.

El Tribunal Supremo es rotundo al considerar la irrelevancia de una modificación ulterior de la normativa urbanística para la apreciación de la comisión del delito si la obra no era autorizable en el momento de su ejecución. Así, en la Sentencia de 21 de febrero de 2018²⁴⁴ establece:

“Aunque tal hipótesis se cumpla y posteriormente la normativa administrativa varíe la calificación del suelo ello no afectaría a la antijuridicidad de la conducta pasada, ni supone la obligación de una valoración diferente y más benigna de la misma, lo relevante es la normativa que regía en el momento de los hechos , por ello no procede la autorización solicitada por ser manifiestamente inviable la pretensión de revisión que se intenta articular, porque la simple manifestación de voluntad del Consistorio de proceder a modificar el Plan de Ordenación Urbana, que tras su aprobación cambiaría la clasificación del suelo, no varía el carácter de “edificación no autorizable” al tiempo de realizarse los hechos que es lo que exige el tipo penal aplicable . El delito no desaparece por esa intención del Consistorio de proceder a modificar el Plan. Por otra parte, la existencia de otras construcciones en las mismas condiciones, no acreditan la legalidad de la realizada por los solicitantes.”

La Audiencia Provincial de Murcia, en Sentencia de 9 de mayo de 2017²⁴⁵, también sostiene que la consideración de no autorizable de la obra debe de atender al planeamiento del momento, siendo irrelevantes las modificaciones posteriores del mismo, estableciendo:

“Como refiere la SAP de Madrid sec. 30ª de 4 de nov. de 2013, el término “edificación no autorizable ” que recoge el Artículo 319.2 del Código Penal debe referirse a que la obra sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento y por tanto, no sea posible su autorización y en el caso presente, tal y como se recoge en la sentencia recurrida, la construcción no es autorizable conforme a la normativa vigente en el momento de que se realizó.”.

²⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 21 de febrero de 2018, 88/2018 Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

²⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2ª), de 9 de mayo de 2017, núm. 206/2017, Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Dolores Sánchez López.

Esta postura es también compartida por la Audiencia Provincial de Valencia que en sentencia de 29 de enero de 2014²⁴⁶ que concluye:

“En cuanto a la condición de suelo no urbanizable común de uso residencial y eventual legalización posible de las obras, debemos recordar que, como señalábamos en nuestra Sentencia 33/2013, de 7 de enero, desde el punto de vista jurídico- penal constituye delito aquello que a la fecha de los hechos tiene tal condición, salvo que posteriormente entre en vigor una norma penal más beneficiosa, en cuyo caso será ésta de aplicación - salvo que se hubiera ejecutado ya la sentencia dictada con arreglo a la legislación anterior- por imperativo del principio de retroactividad de la ley penal más favorable - Art. 9.3 CE ”.

Para finalizar el estudio del elemento del tipo relativo al carácter autorizable de las obras, debe ponerse de manifiesto que en caso de que exista duda sobre el si son legalizables o no legalizables, deberá acordarse la absolución de su autor, en aplicación del principio procesal *“in dubio pro reo”*. El citado principio está previsto para el ámbito de la crítica de la prueba, en orden a resolver los conflictos en los que el Tribunal no puede llegar a una convicción firme sobre lo probado, en estos casos la duda surgida debe ser resuelta a favor del reo. Así, la Audiencia Provincial de Jaén en la Sentencia de 29 mayo de 2012²⁴⁷ establece:

“Y teniendo en cuenta la sentencia de esta Audiencia Provincial, Sección 2^a, de fecha 18 de enero de 2.007 (ARP 2007, 110) , en la que se trató sobre la duda racional de la posible legalización de una vivienda, a través del oportuno expediente, y en base al principio “in dubio pro reo” sobre la concurrencia de los elementos del tipo penal, concluye la Juzgadora que no existiendo prueba de cargo que permita decir que la obra llevada a cabo en el PARAJE000 “ no sea legalizable, existiendo dudas al respecto, por aplicación de principio in dubio pro reo, dicta sentencia absolutoria.”.

²⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 2^a) de 29 enero de 2014, núm. 158/2014, Ponente: Ilmo. Sr. D José María Tomás Tío. FJ 4.

²⁴⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1^a), de 29 mayo de 2012, núm. 132/2012, Ponente: Ilma. Sra. Esperanza Pérez Espino.

6.2.3.- Tipo Básico: Suelo no Urbanizable

El Tipo Básico de delito urbanístico, recogido en el Art. 319.2 del CP, castiga a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable. Para concretar qué debe entenderse por “Suelo no urbanizable” hay que acudir a la legislación urbanística. Si bien, conviene precisar que en la actualidad la legislación urbanística estatal no se refiere a la categoría de suelo no urbanizable como tal, sino que emplea el término “Suelo rural”. Para entender este cambio terminológico hay que hacer una breve mención a la evolución legislativa de la regulación de la ordenación del suelo en nuestro país. Así, la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, con su antecedente inmediato en el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana²⁴⁸, recogía la tradicional clasificación tripartita del suelo distinguiendo las categorías de Suelo Urbano, Suelo no Urbanizable y Suelo Urbanizable, teniendo esta última categoría carácter residual, ya que como establecía en su Art. 10:

“El suelo que, a los efectos de esta Ley, no tenga la condición de urbano o de no urbanizable, tendrá la consideración de suelo urbanizable, y podrá ser objeto de transformación en los términos establecidos en la legislación urbanística y el planeamiento aplicable.”

La Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, con el objetivo principal de impedir la especulación que conlleva la atribución al suelo de expectativas urbanísticas futuras, suprime la categoría de Suelo Urbanizable, reconociendo únicamente dos categorías de suelo, el “Suelo Rural” y el “Suelo Urbanizado”. En este sentido, la Exposición de Motivos del citado texto legal establecía:

“Con independencia de las ventajas que pueda tener la técnica de la clasificación y categorización del suelo por el planeamiento, lo cierto es que es una técnica urbanística, por lo que no le corresponde a este legislador juzgar su oportunidad. Además, no es necesaria para fijar los criterios legales de valoración del suelo. Más aún, desde esta

²⁴⁸ La ya citada STC 61/1997, de 20 de marzo, declaró la inconstitucionalidad de dos terceras partes del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

concreta perspectiva, que compete plenamente al legislador estatal, la clasificación ha contribuido históricamente a la inflación de los valores del suelo, incorporando expectativas de revalorización mucho antes de que se realizaran las operaciones necesarias para materializar las determinaciones urbanísticas de los poderes públicos y, por ende, ha fomentado también las prácticas especulativas, contra las que debemos luchar por imperativo constitucional.”

Como señala PAREJO ALFONSO²⁴⁹ la distinción de las dos categorías de suelo en Rural y Urbanizado

“se corresponde con la de los medios rural y urbano, descansa simplemente sobre la realidad fáctica constatable y es ajena y previa, por ello a las diferenciaciones propias de la ordenación territorial y urbanística”.

Posteriormente, el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo, siguiendo la tendencia fijada por la Ley 8/2007, de suelo, distinguía en su Artículo 12 dos únicas categorías de suelo, el Suelo Rural y el Suelo Urbanizado.

En la actualidad, el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, mantiene la clasificación bipartita del Suelo establecida por la Ley 8/2007, de suelo, regulando en su Artículo 21 las “Situaciones básicas del suelo” en los siguientes términos:

“1. Todo el suelo se encuentra, a los efectos de esta ley, en una de las situaciones básicas de suelo rural o de suelo urbanizado.

2. Está en la situación de suelo rural:

a) En todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de

²⁴⁹ PAREJO ALFONSO, L.J. y ROGER FERNÁNDEZ, G., “Comentarios a la ley de Suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo)”, Ed. Iustel, Madrid, 2007. Pág. 160.

inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística.

b) El suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización, y cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el apartado siguiente.”

Esta clasificación, como señala PAREJO ALFONSO²⁵⁰, se limita a establecer el régimen básico de del suelo, pero

“no prejuzga, por tanto, ni el sistema de la ordenación territorial y urbanística, cuya formalización legal corresponde al respectivo legislador autonómico, ni las concretas técnicas de las que la misma se sirva (como por ejemplo, las tradicionales y generalizadas de la clasificación y la calificación del suelo)”.

Así las cosas, el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana 7/2015 se limita a fijar el marco de las dos categorías básicas de suelo cuyas características urbanísticas y clasificación deberán ser concretadas por la correspondiente ley autonómica de suelo y el Plan General de Ordenación Urbana municipal.

Esto es así, desde la trascendental Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 citada anteriormente, en la que consolida la doctrina según la cual la cláusula de supletoriedad del Derecho Estatal, recogida en el Art. 149.1.3 de la CE, no contiene un título competencial a favor del Estado aun cuando sólo lo sea con carácter supletorio. En este sentido, establece que el legislador estatal carece de un título competencial propio para adoptar normas con fundamento en dicha cláusula de supletoriedad, cuando se trate de las materias previstas en el Art. 148.1.3ª de la CE “*Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda*” que hayan sido asumidas por las Comunidades Autónomas, siendo en este caso la competencia sobre las mismas de carácter autonómico.

Por lo que respecta a la Comunidad Autónoma de la región de Murcia, la LOTURM en el Capítulo II del Título VI, Artículos 79 y ss., mantiene la tradicional clasificación tripartita de suelo. Así, el Artículo 79.1 establece “*El Plan General*

²⁵⁰ PAREJO ALFONSO, L.J. y ROGER FERNÁNDEZ, G., “*Comentarios a la ley de Suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo)*”, Ed. Iustel, Madrid, 2007. Págs. 160 y 161.

Municipal de Ordenación clasificará el territorio municipal en suelo urbano, no urbanizable y urbanizable.”

Respecto del Suelo no urbanizable, el Artículo 83.1 de la LOTURM distingue tres categorías:

“a) Suelo no urbanizable de protección específica. Aquel que debe preservarse del proceso urbanizador, por estar sujeto a algún régimen específico de protección incompatible con su transformación urbanística, de conformidad con los instrumentos de ordenación territorial, de ordenación de recursos naturales y la legislación sectorial específica, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, para la prevención de riesgos naturales o tecnológicos acreditados, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público.

b) Suelo no urbanizable protegido por el planeamiento. Justificado por sus valores de carácter agrícola, incluso las huertas tradicionales, forestal, ganadero, minero, paisajístico o por otras riquezas naturales, así como aquellos que se reserven para la implantación de infraestructuras o servicios públicos.

c) Suelo no urbanizable inadecuado para su transformación urbanística. Justificado como tal por imperativo del principio de utilización racional de los recursos naturales o por la necesidad de garantizar un desarrollo sostenible del territorio, de acuerdo con el modelo de desarrollo urbano y territorial definido por el planeamiento.

Se incluirán en esta categoría los terrenos que no resulten necesarios o idóneos para su transformación urbanística.”

Nos encontramos con que para determinar la categoría de Suelo no Urbanizable, se deberá estar a lo dispuesto por la legislación básica estatal y a lo concretado en la normativa particular de cada Comunidad Autónoma. PAREJO ALFONSO²⁵¹ considera que la legislación autonómica se superpone sobre la situación básica de Suelo Rural establecida en la legislación estatal, estableciendo una gradación interna del medio rural por razón de sus propias características que demandan su preservación de la transformación urbanística o bien no obsten a la posibilidad de su urbanización. En este sentido establece

²⁵¹ PAREJO ALFONSO, L.J. y ROGER FERNÁNDEZ, G., “Comentarios a la ley de Suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo)”, Ed. Iustel, Madrid, 2007. Pág. 164.

“las características del medio rural prevalecen sobre cualquier otro interés en la utilización del suelo y, en particular, el derivado de la cobertura de las necesidades sociales que impliquen ocupación y urbanización de nuevas superficies de suelo”.

En conclusión y por lo que se refiere al presente estudio debe equipararse el Suelo No Urbanizable, al que se refiere el Art. 319.2 CP, al Suelo Rural definido en el Art. 21.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, si bien haciendo la precisión por razones de rigor jurídico, tal y como se ha expuesto, de que la categoría de suelo no urbanizable no coincide plenamente con la situación básica de suelo rural prevista en la normativa estatal.

Siguiendo a PAREJO ALFONSO²⁵² la categoría del Suelo Rural viene delimitada por dos elementos, uno negativo y otro positivo. Así, la delimitación negativa del Suelo Rural viene determinada por todos aquellos terrenos que no dispongan de la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población. Por lo que respecta al elemento positivo el Suelo Rural vendrá representado por aquellos terrenos que deban ser preservados por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización y los que, aun previéndose o permitiéndose dicha transformación, ésta no haya concluido aun colocando los terrenos en la categoría de suelo urbanizado.

Llegados a este punto, debe hacerse referencia a la evolución de la regulación normativa urbanística referente al suelo rústico, rural o no urbanizable, que siempre ha tenido una óptica negativa y residual, considerando la primera Ley de Suelo de 1956, el suelo rústico como aquel que no fuera incluíble en alguno de los supuestos de suelo urbano o de reserva urbana. Esta concepción residual del suelo rústico, rural o no urbanizable se mantuvo hasta la Ley 6/1998 de Régimen de Suelo y Valoraciones que pasó a establecer como categoría de suelo residual el Urbanizable, lo que supuso un gran cambio en la clasificación de suelo, por cuanto hasta ese momento se entendía que el suelo no urbanizable era el mayoritario por su carácter residual. Así, la Ley de Régimen de Suelo de 1998, estableció que todo el suelo que no ostentara el carácter de urbano, ni debiera estar protegido y preservado como no urbanizable, era urbanizable.

²⁵² PAREJO ALFONSO, L.J. y ROGER FERNÁNDEZ, G., *“Comentarios a la ley de Suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo)”*, Ed. Iustel, Madrid, 2007. Pág. 161.

La tendencia actual, tanto de la legislación básica estatal (Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana), como de las distintas legislaciones autonómicas, es recuperar el carácter residual del suelo rústico, rural o no urbanizable, dando un paso más para dotar de un contenido positivo propio a dicha categoría de suelo con el fin de proteger sus valores medio ambientales.

En este orden de cosas, la jurisprudencia viene entendiendo por suelo no urbanizable no sólo aquel sometido a régimen especial de protección por sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales o por su sujeción a limitaciones o servidumbres para el dominio público o el suelo que el planteamiento general considere necesario preservar por los valores del apartado anterior, por su valoración agrícola, forestal, ganadero, cinegético o por las riquezas naturales, o aquellos que sean inadecuados para un desarrollo urbano, suelo que sólo se podrá edificar para explotación agrícola, sino también aquellos suelos en los que concurren valores de los que la legislación urbanística considera merecedores de protección, aunque dicha protección no conste formalmente reconocida en los instrumentos de planeamiento urbanístico, debiendo excluirse del desarrollo urbano y ser catalogados como suelo no urbanizable.

En este sentido, se debe citar la **Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2014**²⁵³, en la que se recoge una concepción amplia de la categoría de Suelo no urbanizable, en atención a sus características naturales al margen de la clasificación urbanística, estableciendo:

“Pues bien, esa interpretación de la normativa autonómica no resulta conciliable con la jurisprudencia de esta Sala que, interpretando y aplicando una norma estatal de carácter básico, como es el Artículo 9 Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones , ha señalado de forma reiterada que la clasificación reglada o ex lege del suelo no urbanizable no opera únicamente respecto de aquellos terrenos a los que se refiere el Artículo 9.1 de la Ley 6/1998 , esto es, los que están sujetos a algún régimen de protección especial, pues, aun no concurriendo esa sujeción formal a un régimen de especial protección, también es procedente la consideración de los terrenos como suelo no urbanizable cuando tal clasificación sea necesaria para salvaguardar

²⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5^a), de 20 febrero 2014, Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Calvo Rojas. FJ 6.

aquellos valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales a los que alude el Artículo 9.1 (Artículo 9.2 de la Ley 6/1998 , primer inciso). Pueden verse en este sentido, entre otras muchas, las sentencias de esta Sala de 25 de marzo de 2010 (casación 5335/2006) y 29 de enero de 2014 (casación 2419/2011), la jurisprudencia que interpreta y aplica la normativa estatal de carácter básico (Artículo 9 de la Ley 6/1998, de 13 de abril). Esta última sentencia deja claramente establecido que cuando unos terrenos están sujetos algún régimen especial de protección sectorial, lo mismo que cuando concurren en ellos valores de los que la legislación urbanística considera merecedores de protección, resulta preceptiva su exclusión del desarrollo urbano y su clasificación como suelo no urbanizable de especial protección. Y, en fin, como tuvimos ocasión de recordar en dos sentencias dictadas por esta Sala con fecha 8 de abril de 2013 (RJ 2013, 4426) (recursos de casación 7031/2009 y 4378/2010), en ese esquema establecido en la normativa estatal -que dado su carácter de norma básica es de obligada observancia- deben encontrar acomodo las diversas categorías de suelo no urbanizable que contemple la legislación urbanística (autonómica), aunque ésta utilice una sistemática distinta a la de aquella -se referían las dos sentencia a la legislación urbanística andaluza- y presente entremezclados, como si fueran equivalentes, supuestos en los que la clasificación de suelo no urbanizable es reglada (no urbanizable de especial protección) junto a otros en los que es discrecional (no urbanizable común).”.

Si bien, como ha reconocido la jurisprudencia, para apreciar este elemento del tipo penal se deberá acudir a la normativa propia de cada municipio, en especial a las determinaciones del Plan General Municipal de Ordenación correspondiente o instrumento que lo sustituya (normas subsidiarias o documento equivalente), en el que se determine de manera precisa y concluyente que la obra se ha realizado en suelo no urbanizable. En este sentido, cabe citar la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 5 abril de 2018**²⁵⁴, en la que admite la comisión del tipo penal con base en la normativa autonómica de suelo, en un supuesto en el que las normas subsidiarias de planeamiento no habían sido publicadas en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de manera completa, estableciendo:

²⁵⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 3ª), núm. 130/2018, de 5 abril, Ponente: Ilmo. Sr. D Ernesto Carlos Manzano Moreno, FJ 4.

“Ahora bien, esta inequívoca ausencia de vigencia de las NNSS no nos puede llevar, sin más, en este prematuro momento procesal a declarar la atipicidad de los supuestos delitos contra la ordenación del territorio perpetrados durante todo ese largo periodo de tiempo con la consiguiente extinción de la responsabilidad criminal de sus presuntos autores, por la sencilla razón de que durante el mismo el campo normativo extra penal hetero integrador de esos tipos delictivos no estuvo enteramente yermo, pues estuvieron vigentes (aunque ciertamente con cambiantes vicisitudes legislativas susceptibles de ser divididas en dos diferentes etapas a las que después aludiremos) otras normas de ordenación y planeamiento urbanístico directa o subsidiariamente aplicables al caso cuyo grado de suficiencia para integrar el bloque extra penal exigido por esas infracciones sólo a través del desarrollo del juicio oral y de la prueba practicada en el mismo respecto a cada uno de los hechos punibles imputados (prueba de cargo que, naturalmente, deberá gravitar esencialmente sobre las partes acusadoras) podrá llegar a resolverse motivadamente en sentencia, partiendo siempre de la imprescindible base de que la concreta clasificación y calificación de los diferentes suelos afectados se infiera nítidamente de dicha normativa extra penal de cobertura. Porque, como ha señalado reiteradamente el TC en relación con los preceptos penales en blanco (entre otras, SSTC 122/1987, 127/1990, 118/1992, 111/1993, 53/1994, 62/1994, 14/1996, 120/1998, 24/2004, 34/2005), estos, además de señalar la pena y contener el núcleo esencial de la prohibición deben satisfacer plenamente las exigencias de certeza y concreción necesarias para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la disposición a la remiten para así salvaguardar la efectiva posibilidad de conocimiento de la actuación penal conminada.”

Si en un Suelo no urbanizable o rural el planeamiento urbanístico considera necesario preservar los valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, los hechos deben incardinarse en el tipo agravado tipificado en el Art. 319.1 del CP.

6.2.4.- Tipo Agravado. Art. 319.1: Ejecución de una obra no autorizable en suelo con valor social, medio ambiental, artístico, histórico o cultural

El Art. 319 del CP en su apartado primero recoge el tipo agravado de delito urbanístico, castigando a los que lleven a cabo obras 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.”

Partiendo de una apreciación puramente formal, debe destacarse que llama la atención, el hecho que desde un punto de vista de técnica legislativa, el precepto regule en el primer apartado el tipo agravado y en el segundo el tipo básico de los delitos urbanísticos, pareciendo así querer significar la importancia que se pretende dar a la protección del medio ambiente y al respeto a la normativa urbanística.

La conducta típica constitutiva del tipo básico y el tipo agravado de delito urbanístico es idéntica, diferenciándose únicamente por el objeto material sobre el que la conducta recae, a saber, el carácter del suelo sobre el que se realizan las obras de urbanización, construcción o edificación que en el tipo agravado debe tratarse de *“suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.”*

La norma penal establece una especial protección para aquellos suelos que tienen mayor valor social, medio ambiental, artístico, histórico o cultural, pudiendo diferenciar tres categorías de protección:

- 1) Bienes con valor social por representar suelos que cumplen un servicio público para toda la comunidad: viales, zonas verdes y bienes de dominio público.
- 2) Bienes vinculados al medio ambiental: valor paisajístico o ecológico.
- 3) Bienes integrantes del patrimonio cultural: valor artístico, histórico o cultural.

El Tipo agravado de delito urbanístico se configura como una ley penal en blanco, ya que para determinar si las obras ejecutadas afectan a alguna de las categorías de suelo especialmente protegidas por el tipo agravado de delito urbanístico, se deberá atender a lo dispuesto en la legislación especial aplicable en cada caso, bien se el Plan General Municipal de Ordenación, las leyes de protección ambiental tales como la ley de Aguas, ley de Montes, ley de Costas y a las leyes de patrimonio histórico y cultural.

Dentro de las categorías de suelo recogidas en el tipo agravado de delito urbanístico, encontramos diferentes grados de protección en función del elemento

sobre el que recaiga, así algunas categorías como el dominio público-marítimo terrestre van a disfrutar de una protección reforzada, de manera que la más mínima lesión de las mismas, por escasa entidad de la superficie que resulte afectada, va a tener la consideración de delito. En este sentido, se puede citar la **Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2006**²⁵⁵, en la que establece:

“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.”

Por lo que respecta a los bienes de especial protección por motivos artísticos, culturales o históricos, habrá que atender al posible concurso con los delitos contra el patrimonio histórico tipificados en el Capítulo II. *“De los delitos sobre el patrimonio histórico”*, del Título XVI del CP y no del Capítulo I *“De los Delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo”*. Así, la **Sentencia Audiencia Provincial de Badajoz de 19 febrero de 2019**²⁵⁶ establece:

“En el supuesto que se hubiera actuado sobre una zona de interés arqueológico, el delito no lo sería contra la ordenación del territorio, sino contra el patrimonio histórico existiendo tipo específico en el Artículo 323 del Código Penal. En todo caso, el tipo por el que se ha formulado acusación no tutela la normativa urbanística, pues para eso existe el procedimiento administrativo sancionador, sino el valor material en la ordenación del territorio (sentencia del Tribunal Supremo 529/2012, de 21 de junio

²⁵⁵ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 1.067/2006, de 17 octubre (RJ\2006\8049). Recurso de Casación 193/2006. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín.

²⁵⁶ Sentencia Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3^a), núm. 21/2019 de 19 febrero Ponente: Ilmo. Sr. D Joaquín González Casso, FJ 5. (ARP 2019\521).

(RJ 2012, 6963)). *El tipo objetivo exige la realización de una construcción o edificación no autorizable en una de las zonas que describe el precepto (STS 335/2009)*”.

En atención a esta diferente nivel de protección del suelo aun tratándose de suelos de especialmente protegidos, no puede llegarse a la conclusión de que cualquier intervención no susceptible de legalización en suelo protegido deba ser considerada como delito, sino que, de conformidad con los principios de intervención mínima y de proporcionalidad, deberá atenderse a la entidad de la lesión del bien jurídico protegido efectivamente producida, para calificar los mismos como delito o como infracción administrativa urbanística.

En este sentido, se puede citar la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 28 junio de 2016**²⁵⁷, en la que teniendo en consideración el principio de intervención mínima, no aprecia la existencia de delito contra la ordenación del territorio, a pesar de haberse llevado a cabo una construcción en suelo protegido. Considera la citada sentencia que los hechos carecen de entidad suficiente para ser la infracción considerada grave y susceptible de sanción penal, debiendo ser objeto de sanción en vía administrativa. Así, concluye:

“Si debe ser un punto de partida para el intérprete en el entendimiento de que las infracciones administrativas descritas en la norma penal deben alcanzar “per se” un contenido de gravedad suficiente, lo que no será fácil decidir siempre. Ahora bien, dicha gravedad no pueden venir condicionada por la calificación que al respecto se haga por la autoridad administrativa en el ejercicio de su potestad sancionadora, pues en ese caso la existencia del delito dependería exclusivamente de tal conceptualización y no de la verdadera gravedad de la conducta desplegada por el autor, de modo que será necesario examinar si ésta integra los elementos del tipo penal por el que se acusa, en este caso si las obras (...) no estaban amparadas en normativa alguna y tienen suficiente entidad como para afectar al bien jurídico “ordenación del territorio” que protege el tipo penal aplicado (Artículo 319.1 del Código Penal.)”.

Como ha reconocido la jurisprudencia el debido respeto al principio de intervención mínima del derecho penal, exige que sea la Administración quien sancione la realización de construcciones o edificaciones que no superen un

²⁵⁷ Sentencia Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª), núm. 240/2016, de 28 junio, Ponente: Ilmo. Sr. D Francisco Manuel Marín Ibáñez. FJ 3. (JUR 2016\182224).

determinado umbral mínimo de gravedad, umbral que se establece a partir de que pueda afirmarse una cierta entidad, volumen y permanencia de la construcción o edificación

(sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Noviembre de 2.006 (RJ 2006, 8679) o sentencias de las Audiencias Provinciales de Jaén de 29 de Febrero de 2.008; de Las Palmas de 18 de Junio de 2.011; de Madrid n.º. 100/11 de 7 de Febrero; de Santa Cruz de Tenerife n.º. 350/13 de 12 de Septiembre (ARP 2014, 119) y n.º. 474/13 de 7 de Octubre (JUR 2014, 29110); de Granada n.º. 313/15 de 14 de Mayo; de Jaén n.º. 69/16 de 15 de Marzo, etc.

El citado principio de intervención mínima hace necesario que también se atienda a la entidad de la construcción, pudiendo citarse en este sentido la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 13 marzo de 2019**²⁵⁸, en la que admite la inexistencia de delito en los supuestos de obras de reforma en zonas protegidas, estableciendo:

“Ciertamente, en sentencias dictadas por esta Sección, entre otras, las núms. 152/2014 y 153/2014, de 15 de mayo, recursos núm. 257/2013 y núm. 240/2013, relativas a construcciones realizadas antes de la aprobación del Plan Rector de Uso y Gestión de la zona ZIR, es más, las obras llevadas a cabo no eran de una construcción o edificación de nueva planta, sino de una modificación de la existente, decíamos que con la aprobación del Plan Rector, se establecía una zonificación del Espacio Natural Protegido, delimitándose distintas zonas en función de sus valores ambientales, y la parcela propiedad de los acusados en dichos procedimientos se encontraban en una zona declarada en dicho Plan como “Zona de Uso General” (la de menor protección medioambiental) que puede utilizarse para el emplazamiento de instalaciones privadas o de uso público (Zona de Uso General A), y también se permite la construcción de viviendas unifamiliares aisladas y rehabilitación de las existentes (en la Zona de Uso General B), amén de ajustarse la actividad constructora a las previsiones del Plan en cuanto a autorizaciones y características que se detallaban, y que podían realizarse en las zonas en las que el Plan lo permitía, y por ello, tras la aprobación del Plan Rector, sería posible su legalización, examinando si el uso estaba o no permitido en la zona, y

²⁵⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3^a) núm. 32/2019, de 13 de marzo. Ponente: Ilmo. Sr. D. María Dolores Fernández Gallardo.

si además se cumplían los demás requisitos para que ese uso fuera autorizado en los términos previstos en la normativa sectorial correspondiente y en el Plan Rector de Uso y Gestión.”

La configuración como tipo penal en blanco del delito urbanístico conlleva que la modificación de la normativa urbanística extrapenal conlleve que un hecho inicialmente típico devenga en atípico, Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 octubre de 2018²⁵⁹, admite la atipicidad de las obras ejecutadas en un vial inicialmente previsto cuya ubicación fue posteriormente modificada por el Ayuntamiento, estableciendo en este sentido:

“De lo anteriormente expuesto se desprende, en primer lugar, que la sociedad de la que el recurrente era socio y administrador mancomunado, aunque construyó sobre terrenos inicialmente destinados a viales públicos, no lo hizo de forma que suprimiera la existencia de éstos, ya que esa construcción vino acompañada de un acuerdo con el Ayuntamiento para desplazar la situación del vial inicialmente previsto y dar un aprovechamiento más racional a la parcela en la que se pretendía construir. Por lo tanto, la construcción no supuso, en realidad, la supresión del vial, sino su traslado. E incluso, ocupando una superficie superior a la que inicialmente le correspondía. No se desprende de estos datos el daño o perjuicio para el bien jurídico protegido. La conducta, pues, no puede considerarse incluida en el tipo, orientado a una protección material del territorio en el aspecto relativo a la orientación de su uso al interés general, como antes se dijo, pues con el precepto no se pretende la protección formal sino material de los intereses afectados.”

La jurisprudencia expuesta evidencia el grave riesgo que representan los delitos urbanísticos para la seguridad jurídica que exige cualquier regulación normativa y, muy en especial, el Derecho Penal, puesto que afecta a uno de los bienes jurídicos más importantes y valor superior del ordenamiento jurídico constitucionalmente protegido como es la libertad. Los delitos urbanísticos constituyen un precepto penal abierto que admite la criminalización de supuestos no contemplados expresamente en la norma y que dependerán en gran medida de la sensibilidad político-social de cada momento, al admitir con carácter general que

²⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 491/2018 de 23 octubre, Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. FJ 4.

el delito se cometerá cuando la construcción se lleve a cabo en lugares que por motivos de carácter paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural *“hayan sido considerados de especial protección.”* Así, la configuración de la conducta típica y, en definitiva, que el hecho sea constitutivo o no de delito, dependerá de la una potestad administrativa discrecional que vendrá determinada por aquellos valores que en un momento determinado la Administración entienda que deber ser especialmente tutelados.

6.3.- SUJETO ACTIVO: PROMOTOR, CONSTRUCTOR O TÉCNICO DIRECTOR

El Art. 319 del CP considera como sujeto activo de los delitos urbanísticos, tanto en el tipo básico como en el tipo agravado a los *“promotores, constructores o técnicos directores²⁶⁰”* que lleven a cabo las obras no autorizables.

La primera cuestión que se plantea en relación con el sujeto activo de los delitos urbanísticos viene referido a la naturaleza jurídica de este tipo de delitos, en concreto, si se trata de un delito común o especial. Mientras un amplio sector doctrinal y jurisprudencial considera al delito urbanístico un delito especial propio, existe otra corriente doctrinal únicamente, considera delito especial propio aquellos casos en los que el sujeto activo sean técnicos directores, entendiendo como un delito común el cometido por los promotores o constructores.

Así, MUÑOZ CONDE²⁶¹, GÓMEZ RIVERO²⁶², PAREDES²⁶³, GÓRRIZ²⁶⁴ o ACALE SÁNCHEZ²⁶⁵, consideran que la referencia a *“promotores y constructores”* describe meramente funciones de los sujetos, no exigiendo una titulación especial,

²⁶⁰ La LOE dedica su Capítulo III a los *“Agentes de la edificación”* recogiendo la definición legal del promotor en el Art. 9, del constructor en el Art. 11, del director de la obra en el Art. 12 y del director de la ejecución de la obra en el Art. 13.

²⁶¹ MUÑOZ CONDE F.: Derecho Penal Parte Especial 19^a Ed. Tirant lo Blanch 2013.

²⁶² GÓMEZ RIVERO: El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio. Valencia 2000.

²⁶³ PAREDES CASTAÑÓN: Los delitos sobre la ordenación del territorio. Revista Quincenal de Sentencias. Pamplona, nº 8, 2000.

²⁶⁴ GÓRRIZ ROYO: Protección penal de la ordenación del territorio. Valencia 2003.

²⁶⁵ ACALE SÁNCHEZ: Delitos urbanísticos, Barcelona 1997.

puesto que para reunir estas cualidades no se requiere una cualificación profesional basada en la declaración formal a priori de una norma administrativa, o de un título o contrato, en virtud de lo cual cualquier persona está en condiciones de ser promotor o constructor. Por el contrario, en el supuesto del “técnico director” éste deberá ser siempre un profesional que disponga del correspondiente título académico suficiente. La condición de “técnico director” concurre, desde luego, en arquitectos e ingenieros superiores, pero también puede darse en arquitectos e ingenieros con titulación técnica, siempre que éstos ejerzan funciones propias de la dirección técnica de la obra, por lo que habrá que examinar las características concretas de la construcción²⁶⁶.

El concepto legal de “promotor” se encuentra en el Art. 9 de la LOE considerando como tal a

“cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título.”

Con fundamento en este precepto la doctrina y a la jurisprudencia mayoritaria considera que el concepto de promotor no exige profesionalidad.

En este sentido, el **Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de junio de 2001**²⁶⁷ declara:

“Sólo los técnicos deben poseer la titulación que profesionalmente les habilite para el ejercicio de su función, mientras que el promotor, sea o no propietario, no precisa condición profesional alguna, y los constructores la mera capacitación profesional. (...) El argumento relativo a la previsión de la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio contenida en el precepto, no puede excluir a las personas que promuevan o construyan sin licencia o excediéndose de la concedida, y que no sean profesionales, de la autoría del delito, pues no deja de tener sentido dicha inhabilitación aun en dicho

²⁶⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C.: Delitos sobre la ordenación del territorio. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial. 2ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia 2005.

²⁶⁷ Sentencia Tribunal Supremo (Sala 2ª de lo Penal). Sentencia núm. 1.250/2001 de 26 de junio. Recurso de Casación núm. 4.416/1999 por quebrantamiento de forma. Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz.

caso, puesto que tales actividades están sujetas al régimen de licencia y autorización y ello ya comporta una relación con la Administración de que se trate, inhabilitación que conforme a lo dispuesto en el Artículo 45 CP deberá concretarse expresa y motivadamente en la sentencia.”.

Esta doctrina es reiterada por el Tribunal Supremo en la **Sentencia de 14 de mayo de 2003**²⁶⁸, en la que entiende que el término "promotor" no se emplea por la ley en sentido técnico y en base a ello establece:

“Pero ocurre que al pronunciarse así la ley no constituye esa figura, sino que se limita a tomarla de una realidad preexistente en la que ya cualquiera podía promover, es decir, tomar la decisión de llevar adelante, financiándola, una obra. Porque el vocablo “promotor” no es técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente y sirve, en el uso habitual, para denotar toda iniciativa de ese género, y no sólo en el ámbito inmobiliario.”.

Si bien, la problemática surgida en torno a la naturaleza jurídica del delito urbanístico y si el sujeto activo del mismo debe entenderse referido a un profesional de la construcción o no, se recoge en el **Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de 10 de diciembre de 2011**²⁶⁹ en la que recogen las distintas teorías doctrinales existentes al respecto:

“a.-) La tesis restrictiva, que considera que únicamente puede considerarse autor de este delito a quien profesionalmente se dedica a la promoción, construcción o dirección, ya que, si no se acota el círculo de los sujetos activos al ámbito de los empresarios y profesionales, la esfera de las conductas punibles resulta desmesurada, pues sería autor del delito el particular que por sus propios medios construye en suelo no urbanizable una chabola de segunda residencia o el que instala in chiringuito playero de cierta permanencia.”

Como fundamentos de la tesis restrictiva del sujeto activo de los delitos urbanísticos se pueden citar los siguientes:

- 1) La pena de inhabilitación especial que prevé el Artículo 319 como

²⁶⁸ Sentencia Tribunal Supremo (Sala 2^a de lo Penal). Sentencia núm. 690/2003 de 14 de mayo, Ponente Ilmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez.

²⁶⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1^a), núm. 372/2010, de 10 diciembre. JUR 2011\6996.

principal, y no como accesoria, únicamente es de aplicación a los profesionales de la construcción, sin que tenga sentido su imposición a un no profesional o particular cuya ocupación habitual no esté relacionada con la construcción.

En este sentido, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 20 de octubre de 1999**²⁷⁰ tras declarar que los delitos urbanísticos son delitos especiales propios estableció

“por último, debemos resaltar, que la obligatoria imposición de la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, constituye un argumento más a favor de la tesis que se sostiene, pues no se alcanza a comprender, qué sentido tendría su imposición, a quien no ejerce una mínima actividad profesional relacionada con la actividad penada”.

2) El bien jurídico protegido viene referido a las obras de relevancia constructiva, excluyendo aquellas llevadas a cabo por simples particulares, con fundamento en el principio de intervención mínima o de subsidiariedad del Derecho Penal y de la necesaria interpretación restrictiva del mismo. Estos principios exigen la tipificación de las conductas que de forma más grave atacan a los bienes jurídicos, porque en caso contrario supondría criminalizar conductas intrascendentes desde punto de vista penal cuyos efectos pueden ser corregidos por las autoridades administrativas competentes.

En apoyo de este fundamento se pronunció la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 19 de enero de 2000²⁷¹ que estableció:

“Hay que tener en cuenta que el derecho penal ha de ser interpretado de forma restrictiva y debe tipificar aquellas conductas que de forma más grave ataquen a los bienes jurídicos. De admitirse la interpretación extensiva que se pretende se llegaría a criminalizar conductas nimias cuyos efectos pueden ser fácilmente corregidos por las autoridades administrativas sin la conminación de una pena”.

²⁷⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª), de 20 octubre 1999, Ponente: Ilmo. Sr. D Manuel Estrella Ruiz. FJ 1. ARP 1999\4036.

²⁷¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 1ª), núm. 12/2000, de 19 enero. Ponente Ilmo. Sr. D Manuel Torres Vela. FJ 1.

En este mismo sentido se pronunció la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 12 de junio de 2003**²⁷².

Es más, no sólo la jurisprudencia interpretaba que el delito urbanístico debía tratarse como un delito especial, sino que también el Consejo General del Poder Judicial, en el informe sobre el Anteproyecto de la LO 10/1995, vino a recomendar la necesidad de volverse a la redacción de los Artículos 307 a 309 de la Ley Orgánica 8/1983²⁷³, de 25 de junio de Reforma urgente y parcial del Código Penal de 1973, argumentando en este sentido que

“si no se acota el círculo de los sujetos activos al ámbito de los empresarios y profesionales y se prescinde del grave daño a los intereses protegidos por el planteamiento urbanístico, la esfera de conductas punibles resulta desmesurada. Sería actor del delito el particular que por sus propios medios se construye en suelo no urbanizable una chabola de segunda residencia”.

El citado Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, también recoge la tesis amplia o extensiva, según la cual cualquier persona puede ser sujeto activo de un delito urbanístico, sobre la base de que el bien jurídico es quebrantable tanto por los profesionales como por aquellas particulares que no se dediquen a la construcción de manera profesional. Como declara el reiterado auto judicial, esta tesis es resultado de una evolución jurisprudencial, estableciendo:

“El cambio a favor de esta tesis se inició con la STS. de 26 de junio de 2.001 (RJ 2002, 4521), - doctrina reiterada en la STS. de 14 de mayo de 2.003 (RJ 2003, 3905) -, en la que se afirmó que el vocablo promotor no es técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente, siendo considerado promotor toda persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación para sí o para su posterior enajenación. Y como resoluciones que incluyen a los promotores y constructores no profesionales pueden mencionarse, entre otras, las SSAP. de Palencia de 17 de marzo (ARP 1998, 1402) y

²⁷² Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 7^a) núm. 321/2003, de 12 de junio. Ponente: D. Javier Gil Muñoz.

²⁷³ Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma urgente y parcial del Código Penal de 1973. Jefatura del Estado. BOE 27 junio 1983, núm. 152, (pág. 17909); rect. BOE 23 julio 1983, núm. 175, (pág. 20574).

31 de diciembre de 1998, de Cádiz de 11 de septiembre de 1.998 (ARP 1998, 5333), de La Coruña de 5 de julio y de 17 de diciembre de 1999, de Baleares de 3 de diciembre de 2000, y de Jaén de 29 de mayo (ARP 2000, 2353) y de 11 de julio de 2001.”

El fundamento de la tesis extensiva se encuentra según la jurisprudencia de las distintas Audiencias Provinciales en los siguientes argumentos:

1) La interpretación literal de los términos del Artículo 319 de "promotor" y "constructor" sin excepción alguna, ni matización sobre que sea un promotor o constructor esporádico o dedicados profesionalmente a la ejecución de obras. Este fundamento se basa en el principio general de la hermenéutica jurídica recogido en el Artículo 1.281 del Código Civil²⁷⁴, que prima la interpretación literal de las normas cuando sus términos sean claros, por lo que si un particular ejecuta una obra constitutiva de delito urbanístico deberá ser castigado como autor, del mismo, aunque no disponga de conocimientos profesionales en materia de construcción. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que donde la ley no distingue no pueden hacerlo los jueces encargados de la aplicación del Derecho positivo.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 29 marzo de 2003²⁷⁵ estableció:

“La interpretación literal del Art. 319 CP es clara en el sentido de que habla de «constructor» sin excepción alguna, ni matización de ningún tipo sobre que sea un constructor esporádico o dedicado profesionalmente a la ejecución de obras.”

2) La interpretación teleológica de las normas que establece el Artículo 3 del CC²⁷⁶, exige que para proteger el bien jurídico del tipo penal y, en consecuencia, proteger el uso del suelo conforme a las normas de ordenación urbanística, la ley penal sea aplicable a cualquier persona que construya, sea

²⁷⁴ Art. 1281 CC, Real Decreto de 24 de julio de 1889: *“Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas.”*

²⁷⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª), núm. 30/2003, de 29 marzo. Ponente: Ilmo. Sr. D Juan Miguel Carreras Maraña.

²⁷⁶ Artículo 3 del CC: *“1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.”*

o no un profesional de la construcción. Como mantiene la jurisprudencia, pudiendo citar entre otras, la recogida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 20 de mayo de 2009²⁷⁷:

“Lo protegido con el tipo penal es la regularidad urbanística y tal regularidad puede ser vulnerada por cualquier persona que construya, ya lo haga como una actividad profesional, ya lo haga como una actividad complementaria y aislada, ya tenga cualificación profesional y administrativa para construir o no la tenga. Es evidente, que la sola inclusión del constructor profesional privaría de eficacia al precepto debatido, pues permitiría a quien no es constructor, pero es titular de un terreno, construir en la forma que tuviera por conveniente, sin someterse a la disciplina urbanística y sin serle de aplicación uno de los elementos del cumplimiento de tal disciplina, como es el Art. 319 CP y la tipificación de las conductas contrarias a la ordenación del territorio. Máxime cuando en muchas ocasiones son precisamente los no profesionales de la construcción quienes realizan los ataques más serios y reiterados al orden territorial.”

Aplicando dicho argumento, la **Audiencia Provincial de Madrid** en la **Sentencia de 26 octubre de 2004**²⁷⁸, concluye:

“En el caso concreto que nos ocupa, es claro que el acusado merece la consideración de constructor: tanto a los efectos penales del Art. 319 CP, como a los efectos civiles del Art. 1591 CC y del Art. 11 de la Ley de 5 nov. 1999, de Ordenación de la Edificación. Así, en un terreno propio construye, mediante la contratación de materiales y de personas que hacen el trabajo, una obra de nueva planta adherida al suelo y con una finalidad de permanencia, siendo irrelevante que esa construcción sea para el disfrute propio o que lo sea para su venta y transmisión a terceros. Lo esencial es que quien haga la obra tenga que someterse y tenga que respetar unas normas y una legalidad urbanísticas y tal obligación pesa por igual sobre cualquier constructor sea o no profesional. El acusado era el dueño de la obra pues la contrata, la dirige y adquiere su propiedad. Es notorio que su calificación jurídica no puede ser otra que la de constructor, que es la exigida por el precepto aplicado en la sentencia recurrida.”

²⁷⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 2^a), núm. 251/2009, de 20 de mayo. Ponente: Ilmo. Sr. D Federico Morales González.

²⁷⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1^a), núm. 464/2004, de 26 de octubre, Ponente: Ilma. Sra. Consuelo Romera Vaquero. FJ 1.

3) Finalmente, la tesis extensiva o amplia del sujeto activo de los delitos urbanísticos rebate el principal argumento mantenido por la tesis antagónica, consistente en que el Artículo 319 prevé una pena de inhabilitación especial para la profesión u oficio de la que cabe inferir que el tipo penal se circunscribe a los profesionales de la construcción, en que hay que significar, por un lado, que la pena se determina con carácter general para todas las personas referidas en el Artículo 319 y que incluye a los "técnicos" que, por definición, son profesionales, y, por otro, que en el Código Penal existen tipos penales que establecen esa pena privativa de derechos sin que se trate de delitos especiales (como sucede en los casos de delitos sobre el patrimonio histórico tipificados en el Art. 321.1) y todo ello sin olvidar que, se sea o no profesional, la actividad constructiva está sujeta a criterios de autorización administrativa y ello supone una relación con la Administración que puede ser afectada por la inhabilitación prevista en el tipo penal.

La tesis amplia o extensiva es mantenida por la **Audiencia Provincial de Murcia**, quien también considera que el sujeto activo del delito en el caso del "promotor" no tiene que ser profesional de la construcción, así entre otras en **Sentencia de 9 de julio de 2007**²⁷⁹, establece:

"Lo primero que debe señalarse sobre la insoslayable cualidad de promotor que debe concurrir en él para ser sujeto activo del delito es que el Tribunal Supremo, desde la sentencia de 26 de junio de 2.001, con apoyo en la definición de promotor contiene el Art. 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1.999, los describe como "cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente decide, impulsa, programa o 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, sin exigencia de titulación alguna", definición en la que encaja perfectamente el acusado. En el mismo sentido se ha manifestado ya la Sección Tercera de esta Audiencia en sentencia de 16 de octubre de 2.003."

La tesis mantenida con carácter mayoritario por la jurisprudencia es la extensiva, considerando, en consecuencia, al delito urbanístico como un delito común, que puede ser cometido por cualquier persona sin necesidad de estar en

²⁷⁹ Sentencia Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1ª), núm. 104/2007, de 9 julio. Ponente Ilmo. Sr. D. Álvaro Castaño Penalva.

posesión de especiales conocimientos técnico-urbanísticos. La **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2001**²⁸⁰ fue clarificadora a este respecto al considerar sujeto activo de este delito al promotor, no profesional, estableciendo en su Fundamento de Derecho Tercero:

“Pues bien, mientras que tanto el proyectista como los directores precisan estar en posesión de la correspondiente titulación académica y profesional habilitante, será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente decide, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título, sin exigencia de titulación alguna, mientras que el constructor, que asume contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato, deberá tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor. Ello significa que sólo los técnicos deben poseer la titulación que profesionalmente les habilite para el ejercicio de su función, mientras que el promotor, sea o no propietario, no precisa condición profesional alguna, y los constructores la mera capacitación profesional.”

En síntesis, se puede afirmar que para ser sujeto activo del delito urbanístico basta con actuar como promotor de una obra sin la necesidad de disponer de especiales conocimientos constructivos. Así, se entiende como promotor aquel que realiza las diligencias conducentes al logro de la construcción, sin ser profesional, lo que se justifica en la necesidad de tutelar el bien jurídico protegido del uso racional del suelo y la ordenación del territorio, frente a los ataques de un promotor o constructor no profesional, que por este mismo motivo de no disponer de conocimientos técnicos puede causar daños más graves a la ordenación urbanística que un profesional en la materia.

A pesar de lo expuesto por nuestro más alto tribunal en la citada sentencia núm. 1250/2001, algunas Audiencias Provinciales siguen manteniendo que nos encontramos ante un delito especial. Así, la **Audiencia Provincial de Cádiz** en la

²⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1250/2001, de 26 junio. Ponente: Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz. FJ 3.

Sentencia de 26 de marzo de 2002²⁸¹, tras examinar el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2001 anteriormente reproducido, establece:

“No obstante, el parecer mayoritario de los Magistrados de esta Audiencia Provincial reunidos para unificar la doctrina de las Secciones del Tribunal, es precisamente favorable a la doctrina que atribuye carácter especial al expresado delito, por lo que en el caso de que no se halle demostrada la cualidad de profesional de la construcción por parte del acusado procede mantener la no incriminación de la conducta. En esta resolución se va a seguir manteniendo el expresado criterio de profesionalización de los elementos personales del tipo penal, configurado así como delito propio, entendiéndose que la doctrina contenida en la anterior Sentencia del tribunal Supremo no tiene aún los caracteres precisos para ser tenida como doctrina jurisprudencial al no ser sino una sola sentencia, existiendo división entre las Audiencias Provinciales españolas en torno a la conceptualización como delito especial o no del hecho cometido por cualquier promotor. Todo ello sin perjuicio del posible futuro cambio de orientación a la vista del contenido de la Ley de la Edificación, que ofrece con carácter general un concepto de promotor indiferente a la cualificación técnica del sujeto activo, y para los casos nacidos después de la entrada en vigor, de la misma.”

Sin perjuicio de que existan algunas Audiencias Provinciales que disienten del criterio del Tribunal Supremo, la tesis mayoritaria es mantener la no exigencia de profesionalidad del sujeto activo del delito urbanístico. Así lo ha reconocido el **Tribunal Supremo** en la **Sentencia de 7 de febrero de 2012**²⁸², que resuelve el conocido como “Caso Avispero”, en el que aprecia la comisión del Tipo previsto en el Art. 319.1 del CP, como consecuencia de la destrucción de montes para su conversión en cultivos de regadío, la desviación del arroyo “Avispero-Los Carboneros” y la realización de construcciones ilegales (balsas de riego, naves e instalación de módulos prefabricados) en el paraje de Doñana (Huelva), afirmando

²⁸¹ Sentencia Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2ª). Sentencia de 26 de marzo de 2002. Recurso de Apelación núm. 13/2002. Ponente Ilmo. Sr. D. Manuel de la Hera Oca. (ARP\2002\498).

²⁸² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Avispero. Sentencia núm. 54/2012, de 7 febrero. Recurso de Casación 2264/2010. Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo. (RJ\2012\2348).

en cuanto al sujeto activo del mismo lo siguiente:

“En cuanto al concepto de promotor, la doctrina jurisprudencial desde la STS 1250/2001, 26.6, corroborada posteriormente por la sentencia 690/2003, 14.5, viene considerando que como la Ley de Ordenación de la edificación de 1.999 considera que promotor lo puede ser cualquiera, incluso ocasionalmente, la figura del promotor parte de una realidad preexistente, no se trata de un vocablo técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente, de manera que en el ámbito del Artículo 319 será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, impulsa, propugna o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación para sí o para su posterior enajenación (vid. STS 1127/2009, 27-11). Figura en la que, indudablemente, debe incardinarse la actuación del acusado.”

En el mismo sentido, la **Sentencia de Tribunal Supremo de 20 julio de 2017**²⁸³, en su Fundamento Jurídico Quinto tras hacer referencia a las sentencias de la misma Sala de lo Penal de 14 de mayo de 2003, de 27 de noviembre de 2009 y de 7 de febrero 2012, concluye:

“No se admite, pues, el requisito de la profesionalidad del promotor, ya que ni lo requiere la Ley de la Ordenación de la Edificación cuando define esa figura, ni tampoco lo prevé el Art. 319 del C. Penal. Con ello se consolida una mayor protección del bien jurídico que tutela la norma penal: el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de “utilización racional del medio orientada a los intereses generales” (Arts. 45 y 47 CE); es decir, la obtención de una mayor calidad de vida y de hábitat humano a través de la utilización racional del suelo orientada a los intereses generales.”

Para concluir el análisis relativo al sujeto activo de los delitos urbanísticos cabe hacer una reflexión en atención al bien jurídico objeto de protección, al principio de intervención mínima del Derecho Penal y al principio de proporcionalidad, consistente en que si bien es cierto que la ordenación del suelo se puede dañar gravemente sin necesidad de disponer de especiales conocimientos técnicos de edificación, también lo es que en muchos casos se sanciona penalmente

²⁸³ Sentencia de Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), núm. 586/2017, de 20 julio. Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar. FJ 5.

como delincuentes con pena de prisión a particulares que realizan una construcción de pequeña entidad (cuarto de aperos, vallado, etc.) o a que por razones de carestía económica construyen su primera vivienda en el único terreno del que disponen, siendo en estos casos más apropiada una sanción administrativa que penal. Desde un punto de política legislativa, no parece justo que merezcan el mismo reproche penal un particular que actuando la mayoría de las veces como auto-constructor realiza una obra para satisfacer sus propias necesidades de vivienda, que una empresa que lleva a cabo una promoción inmobiliaria para especular con la venta de las viviendas.

Así las cosas, como se ha expuesto ante las distintas concepciones mantenidas por las Audiencias Provinciales sobre los términos de promotor y constructor de un delito urbanístico, debería excluirse como sujeto activo de los mismos al “auto constructor”, entendiéndose por tal aquel particular no profesional de la construcción que hace por sus propios medios una edificación para cubrir sus necesidades de vivienda, generalmente en zonas en las que ya existen otras construcciones, no causando ningún daño grave a la ordenación del territorio ni al medio ambiente, reservando la sanción de dichas conductas al ámbito administrativo.

6.4.- ELEMENTO SUBJETIVO: DOLO Y ERROR

El delito urbanístico se configura como un tipo penal eminentemente doloso, que exige el conocimiento de la ejecución de una obra sin licencia en suelo no urbanizable no susceptible de ser autorizada, no siendo posible su comisión por imprudencia.

Como se declaró por la **Audiencia Provincial de Zaragoza en Sentencia de 11 de mayo de 1999**²⁸⁴:

“El error puede versar sobre cualquier circunstancia de las requeridas por el precepto, a saber, que la edificación es autorizable cuando no lo es, o que el suelo es urbanizable. El sujeto activo debe saber lo que quiere y querer hacerlo, es decir debe saber que la edificación en suelo no urbanizable no es susceptible de autorización y sin embargo

²⁸⁴ Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1ª). Sentencia núm. 226/1999, de 11 mayo. Recurso de Apelación núm. 269/1998. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Sara Arriero Espes. (ARP\1999\1203).

querer realizarla. Por consiguiente, puesto que el dolo presupone el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo (edificación no autorizable en suelo no urbanizable) y en el error de tipo éste excluye el dolo, y sin éste no hay culpabilidad (Artículo 10 del Código Penal) ni consecuentemente punibilidad (Art. 5 del Código Penal) al no estar expresamente castigada en el tipo la comisión imprudente (Art. 12 del Código Penal)."

Así, la apreciación de dolo en los delitos urbanísticos exigirá el conocimiento de que la construcción no es autorizable y de la calificación urbanística del suelo en cada caso concreto (no urbanizable, de especial protección, etc.), elementos normativos jurídicos que van a posibilitar la apreciación del error de tipo²⁸⁵ en aquellos casos en los que el autor crea que la obra es legalizable o que el suelo es urbanizable, con la consiguiente exención de responsabilidad penal según lo dispuesto en el Art. 14 del CP²⁸⁶. Si bien el error de tipo es más factible que se aprecie respecto de los promotores no profesionales que ejecutan una obra, que respecto de las constructoras mercantiles inmobiliarias o técnicos de edificación, quienes deben conocer dicha antijuridicidad por ser parte de las funciones propias de su profesión (arquitecto, ingeniero, etc.).

En este sentido se pronunció el **Tribunal Supremo**, entre otras, en la **Sentencia de 6 de abril de 2009**²⁸⁷, en la que declaraba:

²⁸⁵ El error de tipo es el que tiene lugar sobre alguno de los elementos configuradores del tipo penal, puede afectar tanto a la acción como al resultado o al curso causal del ilícito. Tendrá trascendencia en cuanto al elemento subjetivo -el dolo- y excluirá la punibilidad según éste sea vencible o invencible. Se prevé en el Art. 14.1 y 2 del CP de 1995

²⁸⁶ Art. 14 CP: "1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados."

²⁸⁷ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a) núm. 335/2009, de 6 abril Recurso de Casación 1337/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García. (RJ\2009\4832).

“El dolo, como requisito subjetivo exigido para todos los delitos dolosos consiste en el conocimiento por parte del sujeto activo de que en su actuación concurren todos los elementos objetivos del tipo delictivo. Como bien dicen las defensas de las dos partes acusadoras que han actuado en este recurso, el Ministerio Fiscal y la representación del Ayuntamiento de Villamayor de la Armuña, concurren aquí una serie de datos de los cuales cabe inferir (prueba de indicios) que los dos acusados tuvieron el conocimiento referido cuando realizaron la construcción de las mencionadas piscinas y anexos en zona verde declarada como tal en el correspondiente plan de urbanismo. Tales datos son los siguientes, entre otros: 1º. Se trata de dos hermanos que son titulares de una empresa dedicada desde varios años atrás a la promoción de viviendas, es decir, de unos profesionales que como tales son conocedores de su oficio. 2º. Uno de tales hermanos, Norberto, es arquitecto de profesión. 3º. Se hizo esa construcción sin ni siquiera haberse solicitado algo tan elemental como la licencia municipal de obras.”

En este mismo sentido, la **Audiencia Provincial de Zaragoza** en la **Sentencia de 11 de mayo de 1999**²⁸⁸ anteriormente citada concluye:

“Respecto a los profesionales (arquitectos, ingenieros, etc.) la operatividad del eventual error o su invencibilidad es distinta que respecto de los particulares. Así, para el técnico-director o el constructor o promotor profesional no es admisible el error, y mucho menos que sea invencible. En cambio, respecto al propietario que no sea profesionalmente promotor y en relación al suelo no urbanizable es posible que actúe mediando el error e incluso que sea invencible. La determinación del mismo en cada caso es tarea de los Tribunales.”

La doctrina del **Tribunal Supremo** es reticente a apreciar la existencia de error aún en supuestos en los que el promotor deriva la responsabilidad a los técnicos que hayan intervenido en la obra. Así, en la **Sentencia de 21 de marzo de**

²⁸⁸ Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1ª). núm. 226/1999, de 11 mayo. Recurso de Apelación núm. 269/1998. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Sara Arriero Espes. (ARP\1999\1203).

2012²⁸⁹, establece:

“La acusada procedió a construir la vivienda sabiendo que no estaba autorizada ni podía estarlo. Se encontraba en suelo no urbanizable, en un espacio especialmente protegido de la Sierra de Filambres, a menos distancia de lo permisible de la carretera, con más superficie del máximo edificable, haciendo pasar por almacén lo que era vivienda luego de que su padre hubiera intentado infructuosamente que se le autorizase la construcción de una vivienda en el mismo terreno, obrando con dictamen en contra de Diputación y Secretario, obteniendo del Alcalde una licencia de injusticia notoria, y una certificación de primera ocupación, contratando una Ingeniera Agrícola en vez de un Arquitecto, obstruyendo deliberadamente sucesivos intentos de verificación de la edificación por distintas autoridades negándoles la entrada al terreno y a la edificación.”

La **Audiencia Provincial de Murcia** también se muestra contraria a la posibilidad de existencia de error en los delitos urbanísticos, estableciendo en la **Sentencia de 9 de mayo de 2017**²⁹⁰:

“Tampoco resulta apreciable en el caso error alguno ni de tipo ni de prohibición y ello porque no existe duda que el acusado inició la obra sin ningún tipo de licencia ya que ni tan siquiera la solicitó y ello porque era plenamente consciente que la misma le sería denegada. En definitiva, no es presentable ni aceptable error de ninguna clase, pues, primero, el acusado no contaba con licencia de ningún tipo, y ni tan si quiera aportó la documentación que le fue requerida para una posible legalización de la obra en el caso de que lo hubiera sido conforme a la legislación vigente, y ello una vez ya muy avanzada la construcción de la vivienda. No le falta razón al apelante sobre la total ausencia de una reacción efectiva por parte del Ayuntamiento al no salir al paso de las construcciones ilegales mediante la oportuna paralización, pero ello no implica que desconociera la ilegalidad de la obra. El dolo se muestra por tanto como incuestionable.”

²⁸⁹ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a) núm. 196/2012, de 21 marzo Recurso de Casación 1765/2011. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer. RJ\2012\472.

²⁹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2^a), núm. 206/2017, de 9 mayo. Ponente: Ilmo. Sr. D María Dolores Sánchez López. JUR 2017\159961.

Asimismo, la **Audiencia Provincial de Málaga en Sentencia de 22 diciembre de 2017**²⁹¹ establece:

“Sin embargo esta afirmación es desmentida en la fundamentación jurídica de la sentencia, ante la pericial de la Sra. Lorenza, que señala con toda claridad la imposibilidad de otorgar licencia tampoco para casa de aperos y alberca en lo que no era una explotación agrícola, lo que no pudo pasar desapercibido precisamente al aparejador del proyecto. No es exacto sostener que ello correspondería únicamente al promotor de la obra, ya que precisamente la contratación de arquitecto o aparejador se hace no solo por sus conocimientos de proyectos o construcción sino también por el conocimiento de las limitaciones legales respecto a estas conforme a las normas urbanísticas.”

Por lo que respecta al error de prohibición, entendido como la creencia errónea de estar obrando lícitamente, bien directo, cuando el sujeto ignora la existencia de una norma prohibitiva o bien indirecto, cuando el sujeto obra en la errónea creencia de estar amparado por una eximente de responsabilidad criminal, tampoco es de fácil apreciación por los tribunales españoles en el caso de los delitos urbanísticos.

El **Tribunal Supremo** hace referencia al error de prohibición, estableciendo en la **Sentencia de 24 de junio de 2005**²⁹²:

“El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente, como decía el texto del anterior Artículo 6 bis a) en su párrafo 3º, o como del modo aún más expresivo podemos leer ahora en el mismo párrafo del vigente Artículo 14 «error sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal». Sólo hay un error de esta clase cuando se cree obrar conforme a Derecho, sin que tenga nada que ver con esto el caso en que el autor del delito piense que la infracción cometida es más leve de como en realidad la sanciona la Ley Penal. Nada tiene que ver con el error de prohibición el conocimiento o la ignorancia de la

²⁹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 9ª), núm. 502/2017, de 22 diciembre. Ponente: Ilmo. Sr. D María Cristina Jarrod Alonso. JUR 2018\89490.

²⁹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 865/2005, de 24 junio. Ponente: Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar. RJ 2005\6896.

norma concreta infringida, pues si así fuera sólo podrían delinquir los expertos en Derecho Penal. Únicamente se excluye (o atenúa) la responsabilidad criminal por error de prohibición cuando se cree obrar conforme a Derecho, no cuando hay una equivocación sobre cuál sea la sanción jurídica que se puede derivar de la propia conducta. Conviene añadir, además, que el error de prohibición no puede confundirse con el caso en que exista en el sujeto una situación de duda, como ha señalado la referida sentencia de 14 de noviembre de 1997, núm. 1141/1997. La duda es incompatible con el concepto de creencia errónea. La creencia para que sea propiamente tal ha de ser firme, es decir, sin duda al respecto (véase el Diccionario de la Real Academia de la Lengua). Hay que considerar que existe suficiente conciencia de la antijuridicidad cuando el autor duda y pese a tal duda se decide a actuar mediante la conducta delictiva. Este conocimiento eventual del injusto es un concepto paralelo al del dolo eventual: en estos casos hay culpabilidad del mismo modo que en los casos de dolo eventual hay dolo.”

La dificultad de apreciar el error de prohibición en un tiempo dominado por el fácil acceso a la información a través de los medios digitales, fue puesto de manifiesto por el **Tribunal Supremo** en la **Sentencia de 17 de octubre de 2006**²⁹³, en la que establece:

“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 antijuridicidad 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.”

²⁹³ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 1.067/2006, de 17 octubre. Recurso de Casación 193/2006. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín. RJ\2006\8049.

Para el **Tribunal Supremo** no es necesario que el promotor de la obra sepa que la ejecución de la misma está tipificada como delito, en este sentido en la **Sentencia 24 de noviembre de 2014**²⁹⁴ declara:

“La conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Basta con saber a nivel profano que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben el comportamiento que él realiza. El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las Leyes, sin mayores concreciones, sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse. Basta conocer la ilicitud del propio obrar: «Creencia errónea de estar obrando lícitamente», decía el anterior Art. 6 bis a); «error sobre la ilicitud del hecho», dice ahora el vigente Art. 14.3” (SSTS 1301/1998, de 8-10 (RJ 1998, 8947); 986/2005, de 21-7 (RJ 2005, 6729); y 429/2012, de 21-5 (RJ 2012, 6395)).”

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2016**²⁹⁵ pone de manifiesto que con independencia del examen de las circunstancias de cada persona en concreto, es de conocimiento general que la ejecución de una obra conlleva la necesidad de pedir licencia, estableciendo:

“Para indagar si concurre la conciencia de la ilegalidad de un acto deben ponderarse las condiciones personales del sujeto y el tema o aspecto ignorado o no conocido. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, con particular atención a la naturaleza del delito que se afirma cometido. Y añadía que es de común conocimiento que la realización de una construcción conlleva la petición de una licencia administrativa, y que las más elementales precauciones obligan a cerciorarse de la legalidad de la obra a realizar.”

²⁹⁴ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 816/2014, de 24 noviembre, Recurso de Casación núm. 698/2014. Ponente: Excmo. Sr. Alberto Jorge Barreiro. RJ 2014\6004.

²⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 708/2016, de 19 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Soriano Soriano. RJ 2016\4230.

De conformidad con la doctrina jurisprudencial expuesta, no sería admisible alegar un error de prohibición en los casos de haber actuado en la creencia de una futura legalización de la obra ejecutada. En este sentido, la **Audiencia Provincial de Córdoba en Sentencia de 20 de enero de 2011**²⁹⁶ establece:

“Por tanto y a la vista de la prueba practicada, no puede sino deducirse que el acusado tuvo perfecto y cabal conocimiento de su actuación antijurídica y pese a ello continuó la misma, por lo que no existe error alguno, sino que actuó con perfecto conocimiento de la ilegalidad de su acción, con la esperanza de que la administración enmendase tal situación, lo que en modo alguno puede entenderse como equivalente a actuar en la creencia de que se está obrando lícitamente. Es lo que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 22 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 179730) denomina “error sobre la impunidad”, error que en modo alguno puede ser relevante jurídicamente puesto que no supone ausencia de dolo ni excluyente, en definitiva, de la responsabilidad penal.”

Asimismo, no sería admisible el error de prohibición con fundamento en la existencia de otras construcciones en el entorno de la obra ejecutada, como establece la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de noviembre de 2013**²⁹⁷:

“Tampoco cabe asentar el error de prohibición en la existencia de otras construcciones ilegales en la zona o de una supuesta pasividad municipal ante ellas, pues como señala la STC de 19 de mayo de 2003 (RTC 2003, 88) el derecho a la igualdad en la ilegalidad carece de cobertura constitucional.”

Tampoco cabe apreciar el error de prohibición alegando un desconocimiento del grado de protección que tenía la parcela, como puede ser el caso de existencia de una vía pecuaria. En este sentido, la **Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 16 mayo de 2018**²⁹⁸, desestima la existencia del citado error en un caso

²⁹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2^a), núm. 18/2011 de 20 enero. Ponente: Ilmo. Sr. D José María Magaña Calle. JUR 2011\375645.

²⁹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 30^a), núm. 523/2013, de 4 noviembre. Ponente: Ilmo. Sr. D María Inmaculada Iglesias Sánchez. JUR 2014\52714.

²⁹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23^a), núm. 364/2018, de 16 mayo. Ponente: Ilma. Sra. Adoración María Riera Ocariz. ARP 2018\1205.

en el que la propietaria del terreno alegó que nada le dijo el vendedor de la misma, y desconocía el significado de "vía pecuaria", supone que es un lugar de paso, pero no sabe en qué consiste, estableciendo en este sentido:

“Es posible que la acusada desconociera el detalle de la normativa urbanística y medioambiental que protege el espacio en el que se halla su parcela, pero el elemento intencional del delito no exige ese conocimiento preciso, basta con que el sujeto activo sepa de forma genérica que su conducta es contraria a las leyes y tal conocimiento estaba en el ánimo de la acusada, a pesar de lo cual prosiguió con las distintas obras de la finca. (...) La acusada no puede ignorar la necesidad de licencias de obra para poder ejecutar los trabajos de edificación de forma legal en su finca, porque es un conocimiento que está al alcance del ciudadano medio; tampoco puede desconocer que las licencias solicitadas no amparaban ni remotamente todos los trabajos realizados, por lo que el tribunal considera que, si no solicitó licencia para ejecutar otro tipo de obras, por mucho que las fuera ejecutando poco a poco como manifestó, es porque era sabedora que no tenía ninguna probabilidad de obtener los permisos necesarios para ello.”

El supuesto de haber obtenido una licencia previa para construir en la misma parcela tampoco se aprecia como error de prohibición, así la **Audiencia Provincial de Murcia**, en **Sentencia de 5 de abril de 2019**²⁹⁹, establece:

“Alegar nivel cultural bajo (sobre el que nada se ha justificado por la Defensa recurrente), o que no son profesionales de las construcción ni tienen conocimientos urbanísticos, carece de fuerza persuasiva, ante los extremos expuestos, especialmente cuando la exigencia de licencia para obras constituye razón de conocimiento común en todo ciudadano, especialmente si se ha visto necesitado de realizar una obra de cierta significación en sus bienes inmuebles (y los acusados la tuvieron al construir su vivienda en esa parcela); y tampoco tiene incidencia alguna que la parcela según el catastro fuera urbana (cuando acudiendo a esa misma fuente se aprecia con el folio 106 de la causa que también se reseña que es de naturaleza rústica)..”

La última corriente jurisprudencial apunta a poder apreciar la existencia de un error de prohibición, pero sin trascendencia de exención de responsabilidad

²⁹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª), Sentencia núm. 125/2019, de 5 abril. Ponente: Ilmo. Sr. D Juan del Olmo Gálvez. JUR 2019\167724

penal por resultar vencible, considerando la conducta típica y antijurídica, si bien la culpabilidad se ve atenuada por la concurrencia de un error de prohibición evitable del Artículo 14.3 del CP, que conlleva la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados. Así, el **Tribunal Supremo** en el **Auto de 25 enero 2018**³⁰⁰ establece:

“El Tribunal, por tanto, consideró y valoró todos estos datos y entendió que pudieron influir en el “ánimo y en la creencia del acusado a la hora de realizar las obras”. En cualquier caso, consta que el acusado pidió la correspondiente licencia para la construcción de la valla, lo que le fue denegado. Por ello acepta que el acusado tenía la creencia firme de que, dadas las condiciones existentes en el camping y las obras realizadas por los demás vecinos, así como la nula o existente acción del Ayuntamiento en orden a prohibir determinadas obras, actuaba de forma lícita. No obstante, el error de prohibición en el que incurrió fue vencible, pues quedó igualmente acreditado que el acusado dispuso de medios suficientes como para poder saber y adquirir un conocimiento cierto acerca de que tales obras podían ser ilegales desde el punto de vista penal. Para alcanzar esta conclusión citó que existía un cartel a la entrada que llamaba la atención sobre el carácter de “espacio protegido” y el hecho de la denegación de la licencia que efectuó el Ayuntamiento. Por todo ello considera que dicha conducta es penalmente reprochable, si bien ha de ser modulada en los términos del Artículo 14.3 del Código Penal (RCL 1995, 3170).”.

De todo lo expuesto, se debe concluir que el criterio general de la jurisprudencia es no apreciar el error ni de tipo ni de prohibición, salvo en casos excepcionales de particulares que acrediten que realmente desconocían que la obra no era susceptible de legalización o que el suelo no era urbanizable, no admitiendo la existencia de error en los casos de profesionales de la construcción ya sean promotores inmobiliarios dedicados a la venta de viviendas, empresas constructoras o técnicos (arquitectos, aparejadores, ingenieros, etc.).

³⁰⁰ Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1^a), de 25 enero 2018. Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda. RJ 2018 \ 534.

6.5.- DISPOSICIÓN COMÚN. ART. 319.3: DEMOLICIÓN DE LA OBRA Y RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD

El Art. 319.3 del CP de 1995 prevé como consecuencia común a los dos tipos penales, Básico y Agravado, la demolición de la obra ilegalmente construida. La redacción originaria del citado precepto fue: *“En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.”*

Mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio, se modificó la redacción del Art. 319.3 del CP de 1995, incluyendo la obligación de reposición del suelo al estado anterior y el comiso de las ganancias obtenidas, quedando redactado como sigue:

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

Posteriormente, la Ley Orgánica núm. 1/2015, de 30 de marzo³⁰¹, en su Artículo Único introdujo la posibilidad de suspender temporalmente la orden de demolición de la obra ilegal, hasta que por parte del responsable se prestaran las garantías suficientes que aseguren el pago de las indemnizaciones a terceros que hubieran adquirido de la vivienda de buena fe. De conformidad con esta modificación legislativa, el Art. 319.3 quedó con el siguiente tenor:

“3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.”

³⁰¹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 77, de 31 de Marzo de 2015.

La facultad que se reconoce a juez para acordar la suspensión de la demolición se fundamenta en la necesidad de protección de los compradores de buena fe de una vivienda sin licencia ni posibilidad de legalización, para garantizar que no se vean privados de la misma y de la indemnización que les corresponda derivadas de la responsabilidad civil del promotor de la obra, por este motivo se le exige que antes de la demolición preste las garantías económicas correspondientes.

El Art. 319.3 del CP tiene que interpretarse en conjunción con el Art. 56 in fine del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, según el cual: *“La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción.”*

El Art. 56 del Real Decreto Legislativo 7/2015 contempla la posibilidad de que una vez recaída en el proceso penal sentencia condenatoria por delito urbanístico en la que no se pronuncie sobre la demolición de la obra, el Ayuntamiento posteriormente acuerde dicha demolición sin que suponga una vulneración del principio *“ne bis in ídem”*.

La naturaleza jurídica de la demolición de la obra ilegal a que se refiere el Art. 319.3 del CP, ha ido calificada de manera unánime por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como una medida de carácter civil integrante de la responsabilidad civil derivada del delito urbanístico. En este sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2013**³⁰² realiza un exhaustivo estudio sobre la demolición de la obra ilegalmente ejecutada, declarando:

“A) Esta Sala ya se ha pronunciado con anterioridad acerca del significado de la demolición como expresión de la responsabilidad civil derivada del delito. La prescripción del Art. 319.3º del CP -decíamos en la STS 901/2012, 22 de noviembre, se inscribe en el contexto normativo de las responsabilidades civiles derivadas del delito, sin pérdida de esa naturaleza original; como resulta del doble dato de que las mismas son renunciables y tienen un carácter ultrapersonal, que permite que en las

³⁰² Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a) Sentencia núm. 443/2013, de 22 mayo. Recurso de Casación 1731/2012. Ponente: Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez. RJ\2013\3990.

exigencias de reparación, puedan operar mecanismos de subsidiariedad que en el plano estrictamente penal serían ciertamente inconcebibles. En este sentido, es claro, la demolición es una consecuencia civil, una obligación de hacer, derivada del delito, que conecta con el Art. 109 ss. CP relativos a la reparación del daño, susceptible de producirse personalmente por el culpable o culpables o a su costa.”

También puede calificarse la efectiva demolición de la obra ilegal como una medida de política criminal que evita que proliferen este tipo de construcciones no susceptibles de legalización. En este sentido, la citada **Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2013** establece:

“Según la doctrina mayoritaria se trata de una consecuencia jurídica del delito en cuanto pudieran englobarse sus efectos en el Art. 110 CP implica la restauración del orden jurídico conculcado y en el ámbito de la política criminal es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística”.

La principal cuestión jurídica que se plantea en torno a la demolición de la obra ilegalizable, es si se trata de una facultad que la ley concede al juzgador para su ejercicio potestativo o si se trata de un pronunciamiento necesario en toda condena por delito urbanístico. Si se atiende al tenor literal del Art. 319.3 del CP, podría concluirse que el juez penal tiene la facultad de pronunciarse o no sobre la demolición de la construcción ilegal, incluso en último extremo, que el pronunciamiento sobre dicha demolición es algo excepcional cuya decisión requiere de una especial motivación. En este sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 24 noviembre de 2014**³⁰³ declaró:

“El texto literal del apartado 3 del Art. 319 del C. Penal -señala la jurisprudencia referida-, en el que se dice que los jueces y tribunales “podrán” acordar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, ha hecho surgir dudas y respuestas discrepantes. Existen órganos judiciales que consideran que la expresión “podrán” lo que abre es una facultad excepcional, una posibilidad que además exige de una motivación específica, lo que redunde no sólo en ese carácter discrecional sino incluso en lo excepcional de la adopción de la medida.”

³⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 816/2014, de 24 de noviembre, Ponente: Excmo. Sr. Alberto Jorge Barreiro.

Esta cuestión ha sido zanjada por el Tribunal Supremo, estableciendo que el pronunciamiento sobre la demolición de la obra ilegal es una obligación de carácter necesario impuesta al juez, por tratarse de una consecuencia civil derivada del delito, que exige al responsable del mismo que proceda a la reparación del daño causado, si bien admite, con fundamento en el principio de proporcionalidad, que se pueda no acordar en casos concretos de manera suficientemente motivada.

A este respecto, el Tribunal Supremo en la **Sentencia de 22 mayo de 2013**, anteriormente citada establece:

“La reparación del daño ocasionado por el delito, según resulta de los Arts. 109, 110 y 112 CP está prevista con carácter general. Algo plenamente dotado de sentido, ya que, de otro modo, la voluntad del infractor prevalecería sobre la de la ley. Y tal debe ser, pues, la clave de lectura del precepto del Art. 319.3 CP (aquí, en su redacción anterior) sobre cuya interpretación se discute. Así las cosas, la reparación del daño, ahora en la forma de demolición de la construcción no autorizada, será, en principio, la regla, porque es a lo que literalmente obliga el Art. 109 CP. Por eso, el Art. 319.3 CP no podría hacer meramente facultativo u opcional lo que tiene ese carácter necesario.”

De conformidad con la doctrina jurisprudencial expuesta, los jueces penales deben pronunciarse con carácter necesario sobre la demolición de lo ilegalmente construido, por tratarse de una consecuencia civil del delito que viene impuesta por el Art. 109 del CP, según el cual todo delincuente está obligado a reparar los daños y perjuicios por él causados.

El criterio general del Tribunal Supremo es acordar la demolición de lo ilegalmente construido, sin que pueda apreciarse como argumento a favor de la conservación de la construcción la existencia de otras construcciones en el entorno, ya que en otro caso considera que los tribunales estarían contribuyendo a perpetuar la ilegalidad dando una falsa apariencia de legalidad a viviendas que realmente no gozan de la misma. En este sentido, en la **Sentencia de 21 de junio de 2012**³⁰⁴, establece:

“Y por último, como ya se ha explicado, no es argumento impeditivo de la demolición

³⁰⁴ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 529/2012, de 21 junio. Recurso de Casación 2261/2011. Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre. RJ\2012\6963.

que en el hecho probado se consigne que en la zona donde se realizó la construcción existen numerosas viviendas similares, pues esto sería tanto como convertir un suelo no urbanizable en suelo urbano o urbanizable por la desidia de la Administración incluida la penal.”

Admitiendo que la regla general será la demolición de la construcción ilegal, cabe la posibilidad de que el juez de manera excepcional y motivada no acuerde la demolición, con base en determinados criterios que se han recogido por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 11 noviembre de 2016³⁰⁵:

- 1) La **gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción**. Permite que subsista la construcción ilegal en supuestos en los que, a pesar de haber edificado sin licencia, no resulte realmente afectado el bien jurídico protegido (utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general) o en aquellos en los que se trate de construcciones que se extralimitan de la licencia de obras concedida, como en los casos de exceso de edificabilidad respecto de la autorizada por el título habilitante para la ejecución de la obra.
- 2) La **proporcionalidad** de la medida en relación con el perjuicio que causaría al infractor por resultar afectados derechos fundamentales que excedan de los intereses de carácter económico, como sucede en los casos en que se trate de la única vivienda de que disponga el infractor como vivienda habitual familiar.
- 3) La **naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción**, valorando si se trata de suelo no urbanizable común o de especial protección. Como regla general, procederá la demolición cuando la construcción se haya realizado en suelos declarados de especial protección, como los que afecten a espacios ZEPA (Zonas de Especial

³⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 854/2016, de 11 noviembre, Ponente: Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer. RJ 2016\5434.

Protección para las Aves³⁰⁶), LIC (Lugares de Importancia Comunitaria³⁰⁷) o similares.

Si bien, para conocer en qué casos se ha acordado o no la demolición de la construcción ilegal, se debe acudir a la casuística jurisprudencial. Así, en base al criterio que valora la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15^a) de 9 diciembre de 2014³⁰⁸, permite que subsista una construcción ilegal por no afectar realmente al bien jurídico protegido por los delitos urbanísticos, estableciendo:

“No se contienen, sin embargo, en los hechos probados -que el recurrente acepta- todos los elementos necesarios para poder concluir que esas construcciones afectaron al bien jurídico protegido. Ya hemos visto que el Tribunal Supremo exige esa afectación, lo que implica que la conducta, en este caso la construcción, debe tener la suficiente entidad para afectar -distinguiéndose cualitativamente de las infracciones administrativas paralelas- el objeto de protección de la norma penal, aunque no se exija que tal afectación deba ser acreditada de una manera determinada y pueda ser directamente inferida de la propia conducta infractora. A este respecto, en la fundamentación jurídica de la sentencia apelada se contienen argumentos relativos a la preexistencia de las edificaciones, a su antigüedad y a la naturaleza de las actuaciones realizadas que resultan razonables y sirven para fundamentar la ausencia de antijuridicidad material.”.

Igualmente, con base en el criterio que tiene en cuenta la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1^a) de 13 abril de 2011³⁰⁹, no acuerda la demolición de la construcción en un caso de extralimitación de la licencia inicialmente concedida, con base en el siguiente fundamento:

³⁰⁶ Directiva 2009/147/CE relativa a la conservación de las aves silvestres y Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

³⁰⁷ Directiva del Consejo 92/43/CEE, de 21 de mayo, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

³⁰⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15^a) núm. 945/2014, de 9 diciembre, Ponente: Ilmo. Sr. D Carlos Francisco Fraile Coloma.

³⁰⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1^a) núm. 27/2011, de 13 abril, Sentencia, Ponente: Ilmo. Sr. D José Luis Rodríguez Greciano.

“De tal manera que en el presente caso antes de iniciarse la construcción, el imputado, como no podía ser de otra manera, solicitó licencia para obras mayores, y no menores, lo que avala la búsqueda por parte del mismo de cumplir con las exigencias legales. Remitiendo proyecto, de manera que nada quería ocultar, para la construcción en su terreno de una obra de más de 45 metros cuadrados (29,99 más 15,38 metros cuadrados, folio 22), resultando que la obra finalmente ejecutada fue de alrededor de 50 metros cuadrados -hechos probados de la sentencia de Instancia-. Lógicamente, si el imputado se excedió en alrededor de 4 metros cuadrados en la obra construida, con respecto a lo autorizado por licencia urbanística, no parece que nos encontremos ante un hecho de tal gravedad que justifique una sentencia penal condenatoria por delito del Artículo 319.2 del Código Penal, cuando que el lugar donde se construyó ni tan siquiera merecía una especial protección -nótese que el Ministerio Fiscal varió su calificación inicial del Artículo 319.1 al 319.2 del CP”.

Uno de los criterios que más se aplica a la hora de acordar la demolición de la obra ilegal, es el principio general del Derecho de la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida adoptada. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 1ª), de 31 enero de 2013³¹⁰, considera proporcionado no acordar la demolición de la obra, en base al siguiente fundamento:

“En nuestro caso, no es que nos encontremos ante una zona consolidada, en la que la demolición no es proporcionada, dotada de todo tipo de servicios, situación ante la cual, no debe procederse a dicha consecuencia por desproporcionada, la zona se encuentra con numerosas construcciones de casas, con luz y agua dispensada por la empresa municipal, impuestos, y poco impacto medio ambiental puede causar la demolición; no es lógico ni comprensible acordar judicialmente la demolición de una construcción aislada pues con ello sólo se causaría un perjuicio innecesario y ningún beneficio concreto al bien jurídico a proteger de escasas, por no decir, nulas perspectivas de recuperación de la zona..... Y en el presente caso, se trata de su vivienda habitual, por lo que resultarían afectados derechos fundamentales, derecho a una vivienda digna, en cuanto a la naturaleza de la construcción, se trata de una ampliación de una vivienda ya preexistente.”.

³¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 1ª), núm. 66/2013, de 31 enero, Ponente: Ilmo. Sr. D Diego Bueno Mielán.

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2^a) de 12 de mayo de 2015³¹¹, acuerda no demoler la construcción ilegal ejecutada con base en el principio de proporcionalidad estableciendo:

“En consecuencia a lo anterior, procede destacar la escasa extralimitación de la vivienda a la normativa urbanística; la falta de proporcionalidad de la demolición con el daño que se causaría al infractor; la consideración no controvertida de domicilio habitual; la naturaleza del terreno destinado a uso agrícola, ajeno por lo tanto a especial protección; la paralización que tuvo lugar a iniciativa de los acusados, y el conocimiento por parte de la Administración de estos hechos que se produjo por la solicitud de legalización por causa de agrupación lineal; y singularmente el hecho de contar la zona con asfaltado, servicios de luz, agua, recogida de basuras, estando en vías de obtener el alcantarillado que se encuentra a 50 metros, todo lo cual determina la confirmación de la decisión adoptada por el juzgador, consistente en la no demolición.”

Por lo que respecta al tercer criterio expuesto, consistente en la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3^a), de 22 de abril de 2016³¹², acuerda la demolición por tratarse de una construcción realizada en suelo de especial protección, calificado como zona ZEPA y hallarse integrada físicamente en el monte, declarando en este sentido:

“De acuerdo con tales variables, estima la Sala que en el caso que se examina no concurren ninguna de las excepciones que permitirían alterar la consecuencia normal del delito, la demolición. En primer término, por la considerable gravedad del hecho atendidos, de un lado, la condición del suelo, dotado de especial protección por tener la consideración de ZEPA, y de otro, la ubicación de la construcción, integrada físicamente en la ladera del monte.”

Otra de las categorías que puede conllevar la demolición de la obra ejecutada en atención a la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción, es

³¹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2^a) núm. 227/2015, de 12 de mayo, Ponente: Ilmo. Sr. D Fernando J. Fernández-Espinar López.

³¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3^a), núm. 257/2016, de 22 de abril. Ponente: D. Álvaro Castaño Penalva.

que la misma afecte a otros valores protegidos, como son los de carácter cultural. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2ª) de 8 de junio de 2012³¹³, acuerda la demolición de la construcción de una vivienda por haberse realizado sobre un suelo integrado en el entorno de protección del Yacimiento Arqueológico catalogado como Bien de interés cultural (BIC), declarando:

“En definitiva, en orden a la ponderación de las circunstancias concurrentes en el supuesto de autos, como la clara cercanía al Yacimiento, tratarse de suelo de especial protección, especial gravedad de la obstinada conducta del acusado, continuando con la construcción pese a tener conciencia clara de su ilegalidad y demás expuestas, se ha de concluir que en el supuesto de autos existe una palpable proporcionalidad en la medida adoptada, debiéndose estimar por ello también el motivo analizado y con él la apelación interpuesta.”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 noviembre de 2016, tras establecer los tres criterios expuestos, que deben servir de parámetro a la hora de valorar la procedencia de acordar o no la demolición de la construcción ejecutada sin licencia y no susceptible de legalización, concluye que la demolición de la construcción ilegal procederá en todo caso en los siguientes supuestos:

- a) Cuando conste de modo patente que la construcción de la obra está completamente fuera de la ordenación y no sea legalizable o subsanable.
- b) Haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración.
- c) Cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial.

De conformidad con estos criterios sentados por el Tribunal Supremo procederá la demolición de la construcción que no tenga posibilidad de legalización por ninguna vía legal, aún de carácter excepcional, como puede ser la autorización excepcional por razones de interés público o la licencia de carácter provisional. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2ª),

³¹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2ª) núm. 82/2012, de 8 de junio. Ponente: Ilmo. Sr. D Rafael Morales Ortega.

de 31 de marzo de 2017³¹⁴, acuerda la demolición de una vivienda no susceptible de legalización, en los siguientes términos:

“Apreciada la tipicidad de la conducta, estimamos que la reposición de al ilegalidad apreciada, al ser la obra ejecutada manifiestamente incompatible con la ordenación urbanística y, además, en el presente caso carente de legalización administrativa posterior, de una parte porque la licencia urbanística otorgada lo fue para un almacén agrícola y fue posteriormente anulada y, por otra, porque difícilmente la legislación urbanística presenta visos de modificación cuando nos hallamos ante un espacio protegido, catalogado por el Plan Territorial Urbanístico de las Tierras del Ebro como espacio no urbanizable, con la condición de suelo libre permanente.”

No puede alegarse como motivo para no acordar la demolición, la tramitación en curso de una modificación de la normativa urbanística que la pudiera considerar legalizable, en este sentido la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 2^a), en Sentencia de 1 julio de 2013³¹⁵, acuerda la demolición de una construcción fuera de ordenación, con el siguiente fundamento:

“Tal circunstancia comporta que la edificación de la apelante esté, en el momento presente fuera de ordenación y ello queda constado mediante la prueba practicada y por aplicación al caso de autos de la normativa urbanística. La consecuencia es que el caso estudiado no puede ser considerado como una de aquellas circunstancias excepcionales a las que se refiere la jurisprudencia. Haciendo uso de la terminología de la STS 529/2012 de 21 de junio, ni constituye una “ mínima extralimitación respecto de la autorización administrativa” , (ya que esta no existió) ni “ya se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a la norma la edificación o construcción”, puesto que en el momento presente (transcurridos ya más de 4 años desde la edificación) y pese a la promulgación de la normativa a que se refiere el recurso, sigue siendo un incertus el que los terrenos en cuestión puedan ser incorporados como suelo urbano y aun de ser así (por considerarse que la zona en que se halla la parcela encajara en el concepto de asentamiento rural equiparable a suelo urbano según la ley)

³¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2^a), núm. 148/2017, de 31 de marzo. Ponente: Ilmo. Sr. D Javier Ruiz Pérez.

³¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 2^a), núm. 168/2013, de 1 julio. Ponente: Ilmo. Sr. D Eleonor Moya Rossello.

tampoco habría quedado acreditadas las condiciones en las cuales podrían legalizarse las viviendas por el Ayuntamiento. En este sentido lo que declara la STS de 21 de junio de 2012 como hecho que podría justificar el no acordar la restitución de la legalidad es el cambio efectivo de planeamiento (el "ya haberse modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a norma la edificación o construcción") no las meras posibilidades de que ello acaezca. El derecho penal no puede quedar permanentemente a expensas del "ius variandi" administrativo."

Asimismo, es muy importante el comportamiento del responsable, ya que evidencia el grado de intencionalidad en la comisión del delito, por lo que se acordará la demolición cuando el autor manifieste su voluntad rebelde a las órdenes o requerimientos de la Administración. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 16 septiembre de 2016³¹⁶, acuerda la demolición de la construcción realizada sin licencia, por desatender el promotor los requerimientos de paralización de la obra realizados tanto por la Guardia Civil como por Administración de Carreteras, en los siguientes términos:

"Lo que quedó claro también es que en su día, y cuando funcionarios de la Guardia Civil efectuaron inspección del lugar ya fueron advertidos de que no continuaran con la construcción (folios 13 a 15, 17 a 20) y ambos reconocieron haber recibido desde una administración (carreteras) aviso para que pararan la obra que ya estaba techada. Fue, según explicó en el juicio el GC NUM000, la existencia de la construcción en zona tan próxima a la carretera de la parcela, lo que llamó la atención de los agentes que sospecharon de la irregularidad de la construcción."

En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 19 febrero de 2014³¹⁷, acuerda la demolición con fundamento en la voluntad rebelde de incumplimiento de la orden de paralización del promotor de la obra, en los siguientes términos:

"En este caso, concurren los dos primeros criterios: la construcción, en ningún caso, es legalizable (informe que obra a los folios 112 a 116), y consta denegación de licencia. También consta la voluntad rebelde de incumplimiento de la normativa urbanística,

³¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7ª), núm. 362/2016, de 16 septiembre. Ponente: Ilmo. Sr. D Esperanza Jiménez Mantecón.

³¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª), núm. 63/2014, de 19 febrero. Ponente: Ilmo. Sr. D Juan Antonio Lozano López.

habiéndose ordenado la paralización de la obra, sin que el acusado le haya hecho caso. En consecuencia, procede acordar lo interesado.”.

De igual manera, la Audiencia Provincial de Murcia, en Sentencia de 6 marzo de 2018³¹⁸, acuerda la demolición de lo construido en los casos de desobediencia del promotor a los requerimientos de paralización efectuados por la autoridad municipal, declarando:

“No se olvide el caso absolutamente omiso, la voluntad deliberadamente rebelde, que el encausado ha demostrado a los requerimientos de la administración pública competente y, así, si en la visita del día 6-111-2013 de Gonzalo (funcionario de Inspección Urbanística del Excmo. Ayuntamiento de Murcia), obrante a los folios 21 y 22 de la causa, este chalé estaba en fase de cerramientos, como se aprecia a la imagen al folio 22 de autos, ya el cinco de julio de 2013 se notifica personalmente a Geronimo (aunque el mismo se niegue a firmar esa notificación realizada por el agente notificador número 42 del Excmo. Ayuntamiento de Murcia, folio 31 vuelto de la causa) el Decreto de fecha 2- VII-2013 en el que ordenaba al hoy acusado la inmediata suspensión de los actos de edificación por el expediente sancionador que se le incoa por el Excmo. Ayuntamiento de Murcia, y de nuevo en fecha doce de septiembre de 2013 se notifica personalmente al hoy encausado por parte del agente notificador número 39 del Excmo. Ayuntamiento de Murcia el Decreto de fecha 6-DC2013 en el que se establece la imposibilidad de legalizar los actos de edificación realizados y se ordena el inmediato restablecimiento de la legalidad urbanística. A nada de lo anterior hace el mínimo caso Geronimo, que incluso se aprecia, a la fotografía obrante al folio 36 de la causa, que ha seguido con los actos de edificación (frente al estado del chalé reflejado, el 6-111-2013, al folio 22) con el cerramiento de ventanas y huecos y la terminación de la cubierta de ese inmueble, sino que el mismo termina esa casa, y ahora pretende, con el consabido sistema de lograr una pena de prisión reducida (que le es perfectamente suspendible, como en tantos otros casos de este tipo, de modo que poco le representa al condenado a efectos prácticos) y de pagar una multa, mantener un chalé para su disfrute vacacional y de fines de semana en contra de la legalidad vigente, con un comportamiento, que de permitirse, daría lugar a que en las zonas no urbanizables o en las zonas no urbanas y calificadas como propias de la huerta murciana (con la significación paisajística y de usos del suelo

³¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3^a), núm. 108/2018, de 6 marzo. Ponente: Ilmo. Sr. D M^a Antonia Martínez Noguera. JUR 2018\144061. FJ 2.

que ello implica), cada cual pudiera hacer lo que viniere en gana, con burla no sólo de la normativa administrativa, sino de la ley penal.”

La manifestación más flagrante de la voluntad contraria al cumplimiento de la norma, es el caso en el que concurren con el delito urbanístico un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial, procediendo la demolición de la obra ilegal. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª), de 9 diciembre de 2016³¹⁹, acuerda la demolición por apreciar concurso entre los delitos de Atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y resistencia y desobediencia, en un supuesto en que el promotor de la obra hizo caso omiso a los requerimientos de suspensión de la ejecución de las obras, incumpliendo incluso el precinto acordado por la autoridad municipal, estableciendo:

“El incumplimiento de los sucesivos requerimientos que le fueron efectuados y que también estimamos acreditados por el testimonio del Arquitecto Técnico y Funcionario de la Policía Local que los llevaron a efecto, así como de la documental ratificada también en el plenario, sin que de lo actuado, no habiéndose practicado tampoco nueva prueba en este alzada que los contradiga, podamos considerar injustificada su valoración al haberse producido por parte del acusado actos de oposición persistentes y reiterados.”.

En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 3 julio de 2014³²⁰, acuerda la demolición apreciando un concurso de delito urbanístico y una falta de desobediencia, en los siguientes términos:

“Además la propia jurisprudencia reseñada establece que la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración y en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad

³¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª), núm. 579/2015, de 9 diciembre, Ponente: Ilmo. Sr. D Pedro Izquierdo Martín.

³²⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2ª), núm. 161/2014, de 3 de julio. Sentencia, Ponente: Ilmo. Sr. D Saturnino Regidor Martínez.

administrativa o judicial, lo cual acontece en el caso de autos en donde el acusado continuó con la obra pese a la denegación de la licencia y la paralización administrativa de la misma, habiendo sido igualmente condenado por estos hechos como autor de una falta de desobediencia.”

Para concluir el estudio de la procedencia de la demolición de la obra no susceptible de legalización realizada en suelo no urbanizable, ante las dispares posiciones de las distintas Audiencias Provinciales, se puede sintetizar que el criterio del Tribunal Supremo, como instancia judicial superior en todos los órdenes, es el de acordar la demolición de lo ilegalmente construido en todos los casos, sin tener en consideración la existencia de otras construcciones similares en la zona, para así no dar apariencia de legalidad a edificaciones que no cumplen con la normativa urbanística, evitando que pueda inducir a error a terceros adquirentes de las mismas.

En relación al criterio mantenido por la Audiencia Provincial de Murcia, el mismo ha evolucionado siendo más permisivo en un primer momento en el que admitía como regla general la no demolición de lo ilegalmente construido, en base a criterios tales como la existencia de otras construcciones similares en el entorno, se tratase de una zona consolidada con servicios básicos de agua, electricidad y alcantarillado, que cuente con acceso rodado o que esté próxima a camino principal, que no afecte a viales, ni a bienes de dominio público, ni a zonas de valor artístico o histórico ni de protección especial, etc., derivando a la Administración la responsabilidad de acordar la demolición y hacer que la misma se cumpla.

Posteriormente la Audiencia Provincial de Murcia acoge los argumentos del Tribunal Supremo, admitiendo como regla general la demolición de lo construido sin título habilitante y como una excepción su conservación. Así, establece que son supuestos muy graves en los que procede la demolición de lo ilegalmente construido: a) Obras fuera de la ordenación no susceptibles de legalización; b) Voluntad contraria del responsable a los requerimientos administrativos de paralización; c) En todo caso, cuando concurra con el delito urbanístico un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial.

Para valorar la procedencia o no de la demolición tiene en cuenta criterios tales como: a) Entidad de la construcción; b) gravedad de la lesión al bien jurídico; c) la proporcionalidad de la medida; d) que se afecten derechos fundamentales, como el uso de vivienda propia; e) Que afecte a terrenos especialmente protegidos.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 6 de marzo de 2018³²¹, acuerda la demolición de la construcción con fundamento en la protección de uso agrícola del suelo, estableciendo:

“En el supuesto objeto de análisis, por el contrario, se aprecia que el apelado no atendió la orden de paralización administrativa; que se trata de obras que en todo caso no son susceptibles de legalización como ratificó en el acto del juicio oral el Arquitecto Jefe del Servicio de Disciplina Urbanística del Ayuntamiento de Murcia por no cumplir los requisitos del Plan General siendo los parámetros incumplidores numerosos en los términos que ya se han expuesto, a que no se trata de una zona poblada y consolidada con el apoyo de la propia autoridad municipal, pese a que existan otras viviendas en la misma situación en la zona como declaró el Inspector Sr. Gonzalo, ya que no consta ni tan siquiera que tenga servicio de recogida de basura, porque cuando se inició la construcción y la paralización de las obras no contaba con acceso rodado sino que el asfaltado se encontraba a unos 400 metros más o menos, y porque se considera que dicha vivienda no constituía el domicilio habitual del apelante. Además, entre otras en la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 2ª 284/2017 de 4 de julio de 2017, se ha mantenido un criterio favorable a la demolición en zona agrícola.”

La Audiencia Provincial de Murcia no admite como argumentos para denegar la demolición de los que tradicionalmente habían sido tenidos en cuenta, como el principio de intervención mínima del Derecho Penal, la existencia de otras construcciones similares en la zona, ni la posibilidad de deferir la decisión a ulteriores actuaciones administrativas.

En aplicación de este criterio, la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2ª), en Sentencia de 9 de mayo de 2017³²², acuerda la demolición aun tratándose de una construcción que se encontraba en un entorno urbano, declarando:

“No es relevante que hubiera un núcleo urbano consolidado, pues ello no cambia la calificación del suelo y no existe noticia de que el Ayuntamiento hubiera dado inicio a

³²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª) núm. 108/2018, de 6 de marzo, Ponente: Ilmo. Sr. D Mª Antonia Martínez Noguera. JUR 2018\144061.

³²² Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2ª), núm. 206/2017, de 9 de mayo. Ponente: Ilmo. Sra. Dña. María Dolores Sánchez López. JUR 2017\159961.

expediente de legalización por tratarse de agrupaciones lineales. Como razona la SAP de Málaga sec. 1^a de 4 de nov. de 2013 [sic] (JUR 2013, 143632), "no es sostenible el argumento de que hay otras construcciones levantadas en la zona. Al respecto conviene citar la STC de 15 de octubre de 1996 (RTC 1996, 157) que señala como "...la no imposición de sanciones en otros casos en nada afecta a la corrección de las sanciones efectivamente impuestas, pues, a estos efectos sólo importa si la conducta era o no merecedora de dicha sanción". En igual sentido se pronuncia la STC de 18 [sic] de mayo de 2003 (RTC 2003, 88), que nos dice que "... los recurrentes pretenden una suerte de derecho a la igualdad en la ilegalidad que carece de cobertura constitucional. En efecto como tiene declarado este Tribunal con carácter general el principio de igualdad ante la ley no da cobertura a un imposible derecho a la ilegalidad". y la STC de 14 de febrero de 1992 (RTC 1992, 21)"... aquel a quién se aplica la Ley no puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido ni pueden pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes."

Por lo que respecta a las posibles excepciones a la regla general de la demolición, la Audiencia Provincial de Murcia, admite la conservación de la edificación con carácter excepcional en los siguientes casos: a) Extralimitación leve del contenido de la licencia urbanística; b) Tiempo transcurrido entre la realización de la obra y la fecha de la sentencia firme; c) Transformación del suelo en un núcleo urbano.

Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2^a) de 27 de septiembre de 2016³²³, no se acuerda la demolición de la construcción realizada sin licencia, con fundamento en la insuficiente gravedad del hecho para justificar la demolición, por hallarse la edificación enclavada en una zona ubicada en un desarrollado núcleo poblacional consolidado, con calles asfaltadas, alcantarillado, servicio de recogida de basuras y de suministro de agua y luz eléctrica, recaudando la propia Administración local los impuestos derivados de dicha construcción, lo que se recoge en los siguientes términos literales:

"A diferencia de lo que sucedía en la resolución del Alto tribunal, no se aprecia aquí

³²³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2^a) núm. 463/2016, de 27 de septiembre. Ponente: Ilmo. Sr. D Jaime Bardají García.

una antijuridicidad intensa en la conducta del acusado que lejos de alzarse en abierto desafío contra las órdenes de la inmediata paralización, las acató sin vacilaciones. A ello ha de agregarse que se trata de terrenos sometidos a tributación, edificación enclavada en una zona dotada por la propia corporación municipal de calles asfaltadas, alcantarillado, servicio de recogida de basuras y de suministro de agua y luz eléctrica”, sin que pueda soslayarse que la construcción se encuentra ubicada en un desarrollado núcleo poblacional consolidado, recaudando la propia Administración local los impuestos derivados de dicha construcción, tal como acredita la documental aportada unida al folio 116 de la causa, expresiva de la liquidación del Impuesto sobre bienes inmuebles de naturaleza urbana, correspondiente a la Agencia municipal tributaria del Ayuntamiento de Murcia.”.

Para finalizar el estudio de la demolición de la construcción ilegal se abordará la problemática relativa a la ejecución de la orden de demolición. No cabe duda de que la verdadera protección del bien jurídico tutelado por los delitos urbanísticos exige la demolición de la construcción ilegal que daña la ordenación urbanística y del territorio, el medio ambiente y el derecho al paisaje.

La orden de demolición, con independencia de que se acuerde por el juez penal en la sentencia de condena como responsabilidad civil derivada del delito urbanístico, lo habitual es que sea ejecutada materialmente por la autoridad administrativa, ya que es quien verdaderamente tiene competencia para el restablecimiento de la legalidad urbanística. Si bien, lo cierto es que en la práctica la Administración no acostumbra a ejecutar las órdenes de restablecimiento de la legalidad que ella misma acuerda, dentro de la pieza separada que se tramita como consecuencia del procedimiento sancionador por infracción urbanística. En la práctica, el Ayuntamiento se limita al cobro de la sanción económica derivada de la infracción urbanística, sin proceder a la ejecución subsidiaria de la demolición de la construcción ilegal. Como regla general, se puede afirmar que en los únicos casos en los que la Administración procede a la demolición de las construcciones realizadas sin licencia, es en aquellos en los que exista un tercero interesado que inste el procedimiento de ejecución subsidiaria, para que se proceda a la demolición por parte de la Administración a costa del infractor y, aún en estos casos, al tratarse de procedimientos en los que el coste económico de la demolición tiene que ser sufragado por el Ayuntamiento para después repercutirlo sobre el responsable de la infracción, lo cierto es que la insuficiencia de medios económicos de las arcas

municipales, hace que dichos procedimientos se demoren en exceso hasta que se declara la caducidad de los mismos, dando lugar en último extremo a la prescripción de la potestad administrativa de restablecimiento de la legalidad.

Esta dejación de funciones administrativas atenta gravemente contra la ordenación del territorio y tiene su muestra incluso en los textos legales. Así, en la región de Murcia la última modificación legislativa operada por Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia, reduce en 5 años el plazo para la ejecución de las órdenes de restablecimiento de la legalidad, estableciendo en el Artículo 278³²⁴ que el plazo máximo para el cumplimiento de las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística será de diez años desde que sea firme la orden de demolición, en contraposición a lo establecido en la regulación anterior que establecía un plazo de 15 años, en el Art. 246.8 del Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia³²⁵ (Vigente hasta el 06 de Mayo de 2015).

Entre las razones que llevan a la Administración a no ejecutar las órdenes de restablecimiento de la legalidad, se encuentran algunos materiales como la insuficiencia de medios económicos para asumir el coste de demolición de la obra. No cabe duda de que las arcas municipales no pueden asumir el coste de la demolición de las numerosas construcciones ilegales existentes, coste que deben adelantar en el procedimiento de ejecución subsidiaria, sin tener ninguna garantía de poder recuperarlo mediante la repercusión al responsable de la obra, quien en muchos casos se declarará insolvente.

Por otra parte, la inactividad administrativa también encuentra su origen en motivos de oportunidad política, ya que no cabe obviar la impopularidad que

³²⁴ Artículo 278 Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia: *“El plazo máximo para el cumplimiento de las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística será de diez años contados a partir de que adquiera firmeza el acto administrativo que las acuerde. Transcurrido este plazo, se aplicará a las instalaciones, construcciones o edificaciones lo dispuesto en esta ley para la situación de fuera de ordenación.”*

³²⁵ Artículo 246.8 Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia: *“La Administración deberá proceder a la ejecución de las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística en el plazo de quince años desde que sea firme el acto que las ordena.”*

conlleva privar de una vivienda a un ciudadano. En este sentido, puede citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 23 mayo de 2008³²⁶, recaída en el conocido como “Caso Andratx”, por la que se condenó a varias miembros de la corporación municipal por delito de prevaricación urbanística cometido en relación con la casa del Alcalde, estableciendo a este respecto:

“Si hubo un dato especialmente llamativo, resultado de la prueba practicada, fue el de que en los últimos años, ningún expediente de demolición ha sido tramitado hasta su terminación en el Ayuntamiento de Andratx, lo que remite de inmediato a una sensación de impunidad en lo relativo a la infracción urbanística que debe ser motivo de especial preocupación, en un territorio marcado por la insularidad, con lo que de grave riesgo supone para un suelo ya sobreexplotado y que soporta una creciente presión humana, al tratarse de una sociedad económicamente poderosa y en continuo crecimiento demográfico, lo que obliga a extremar, así lo entendemos, el celo y la precaución.”

La inactividad de la Administración respecto del restablecimiento de la legalidad urbanística, además de suponer una grave merma de la ordenación del territorio conlleva una responsabilidad no sólo administrativa o patrimonial, sino también penal, pudiendo constituir dicha conducta distintos ilícitos penales, tales como delitos de omisión del deber de perseguir delitos, prevaricación urbanística por omisión, etc.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 19 de julio de 2016³²⁷, declara la responsabilidad patrimonial de la Administración por la demora en la demolición de una construcción ilegal, reconociendo el derecho a indemnización de los administrados perjudicados por la no demolición, en los siguientes términos:

“Debiendo aceptar y tener por probado que ha sufrido un daño moral por causa de esa actividad, que no tenía obligación de soportar, éste no puede valorarse con arreglo al

³²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 2ª) núm. 28/2008, de 23 mayo. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Pedro Yllanes Suárez.

³²⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), núm. 592/2016, de 19 de julio. Ponente: Ilma. Sra. Isabel Hernández Pascual.

precio del arriendo de otra vivienda, sino que debe valorarse prudentemente, como daño moral, en atención a las molestias que se le han causado, la pasividad del Ayuntamiento y al largo tiempo durante el que se ha prolongado tal situación, en una cuantía de 600 euros por año desde la fecha de la primera denuncia, el 1^o de junio de 2007, hasta el derribo de lo construido sin licencia e ilegalizable y el cese y clausura de la actividad desarrollada sin licencia.”.

Asimismo, se pueden encontrar en la jurisprudencia española condenas a la Administración por omisión del deber de perseguir los delitos urbanísticos, como en el caso de la inactividad de un Alcalde ante la construcción de una obra no legalizable, en el que la Sentencia Audiencia Provincial de Almería (Sección 2^a) de 22 mayo de 2012³²⁸ establece:

“Del expresado delito de omisión del deber de perseguir delitos es responsable criminalmente en concepto de autor el acusado Gerónimo, por haber tomado parte directa, material y voluntaria en su ejecución de acuerdo con el Art. 28 CP Las pruebas practicadas han puesto de manifiesto que el acusado, Alcalde de la localidad de Cantoria y obligado por disposición legal (Arts. 181 y 186 LOUA) a ordenar la inmediata suspensión de las obras o el cese del acto o uso en curso de ejecución de aquellas parcelaciones urbanísticas, transformación o uso del suelo, que estando sujetos a cualquier tipo de autorización o licencia urbanística previa, se lleven a cabo, sin dicha aprobación o licencia, no cumplió con el mandato legal, dejando sin ordenar la paralización de las obras, la incoación de procedimiento sancionador y el restablecimiento del orden perturbado.”.

Por otra parte, existen condenas penales por prevaricación urbanística en su modalidad de comisión por omisión, en supuestos de no ejecución por la autoridad administrativa de la orden de demolición, estableciendo la Sentencia de Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a) de 22 de abril de 2015³²⁹:

“Esta cuestión ha sido abordada varias veces por la jurisprudencia de esta Sala sobre todo a partir del Pleno no Jurisdiccional de 30 de Junio de 1997, que resolviendo

³²⁸ Sentencia Audiencia Provincial de Almería (Sección 2^a), núm. 184/2012, de 22 mayo, Sentencia, Ponente Ilmo. Sr. D Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón.

³²⁹ Sentencia de Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 244/2015, de 22 de abril. Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García.

discrepancias existentes al respecto, así lo entendió, se pronunció en el sentido de que la prevaricación recogida en el Art. 404 del Código Penal puede ser cometida por omisión.

Otras sentencias han confirmado esta modalidad de la prevaricación administrativa, y así:

a) La STS de 5 de Enero de 2001 declara que la decisión de no actuar supone una infracción de un deber activo, que constituye prevaricación por omisión.

b) La STS 1093/2006 condenó como prevaricación por omisión la no convocatoria del Pleno Municipal que reiteradamente se le había solicitado.

c) La STS 731/2012 que estima en lo referente al dictado de resolución prevaricadora, la omisión de resolución cuando existe la obligación de actuar por lo que la omisión de la misma viene a equivaler a una resolución presunta.

d) La STS 787/2013, de 23 de Octubre, reconoce que esta Sala ha admitido la prevaricación omisiva en aquellos casos concretos en los que era imperativo para el funcionario o autoridad concernida adoptar una resolución ya que su omisión equivale a una denegación.”.

A mayor abundamiento, también existen condenas penales por delito urbanístico que no se pronuncian sobre la responsabilidad civil, derivando a la autoridad administrativa el restablecimiento de la legalidad urbanística. Este inhibición del juez penal a favor de la Administración se encuentra amparada por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, en cuyo Artículo 56 rubricado “*Infracciones constitutivas de delito*” establece: “*La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción.*”.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Cádiz, en Sentencia de 2 julio de 2019³³⁰, reconoce la improcedencia de acordar la demolición en la sentencia penal, con fundamento en la existencia de edificaciones en la zona de características similares no demolidas por la Administración local competente, concluyendo:

³³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª), núm. 202/2019, de 2 julio. Sentencia Recurso de Apelación núm. 133/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D Francisco Javier Gracia Sanz. JUR 2019\341617.

“No parece cuestionable entonces que la solución que debe adoptarse no puede ser, en este caso, ordenar la demolición por la vía penal de la nave construida sino que, bien al contrario, con los precedentes que acabamos de citar resulta del todo punto más lógico deferir una solución unitaria sobre el particular a la administración local, máxime cuando en este caso nos encontramos ante una construcción que, al menos aparentemente, sirve a un destino agrícola, sita en una parcela de uso agrícola.”

Mayores dudas de legalidad presentan aquellos supuestos en los que el juez penal incluye en su sentencia condenatoria por delito urbanístico la declaración de responsabilidad civil, ordenando la demolición de la construcción ilegal, pero en lugar de ejecutarla con sus propios medios, deriva la materialización de las operaciones de restablecimiento de la legalidad urbanística infringida a la Administración municipal.

La primera cuestión que se plantea es si la derivación de la ejecución de la sentencia al Ayuntamiento representa un incumplimiento de los deberes constitucionales de todo juez de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En este sentido, el Artículo 117 de la Constitución Española³³¹, establece como función propia y exclusiva de los Juzgados y Tribunales *“el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”*. En los mismos términos reza el Artículo 2.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial³³².

La jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional reconoce que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el deber de los jueces de ejecutar las sentencias por ellos dictadas. En este sentido, la Sentencia de 28 octubre de 1987³³³ establece:

³³¹ Artículo 117.3 CE: *“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.”*

³³² Artículo 2.1 LOPJ: *“El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las Leyes y en los tratados internacionales.”*

³³³ Sentencia Tribunal Constitucional, núm. 167/1987, de 28 de octubre. Ponente: Don Jesús Leguina Villa.

“Desde la STC 32/1982, de 7 de junio hasta la más reciente STC 125/1987, de 15 de julio, es doctrina consolidada de este Tribunal que la ejecución de las Sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna. De ahí que el Tribunal se haya ocupado de destacar el lugar central que el respeto a los fallos judiciales y su efectivo cumplimiento por los poderes públicos ocupa en un Estado de Derecho como el que la Constitución proclama en su Art. 1, advirtiendo a este propósito que cualquier eventual infracción del deber de cumplir las Sentencias y resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales (Art. 118 de la Constitución) no puede redundar en ningún caso en una pérdida de la efectividad de las mismas (STC 67/1984, de 7 de junio). La titularidad de la potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los propios órganos judiciales como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la Constitución les ha conferido en su Art. 117.3.”

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en relación con la ejecución de las sentencias como parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así, en la Sentencia de 5 abril 2001³³⁴, se recogen las siguientes máximas jurídicas:

- 1) El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el Artículo 24.1 de la CE comprende el que el fallo judicial se cumpla. Ya que como declara la citada sentencia *“lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en meras declaraciones de intenciones”* (STC 176/1985³³⁵).
- 2) El principio de exclusividad jurisdiccional reconocido en el Artículo 117.3 de la CE conlleva que la competencia para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales, por lo que es de su exclusiva competencia la ejecución de todos los pronunciamientos

³³⁴ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 5 de abril de 2001, Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil.

³³⁵ Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera), núm. 176/1985, de 17 de diciembre. Ponente: Don Ángel Latorre Segura.

contenidos en las sentencias firmes por ellos dictadas (Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 7 junio de 1984³³⁶).

- 3) El principio de obligatoriedad de cumplimiento de las sentencias firmes y de prestar la colaboración requerida por los jueces en la ejecución de lo resuelto reconocido en el Artículo 118 de la CE, no atribuye a la Administración potestad alguna para la ejecución de las sentencias, teniendo ésta únicamente la función de cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal competente en el seno del proceso de ejecución del fallo.
- 4) La infracción por la Administración del deber de colaboración en la ejecución de las sentencias puede ser calificada como desobediencia punible (Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 26 de noviembre de 1984³³⁷).
- 5) La demora excesiva e injustificada en la adopción por el órgano judicial de las medidas oportunas para llevar a efecto la sentencia vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas establecido en el Art. 24.2 de la CE. (Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de abril de 1983³³⁸).
- 6) El principio de la inalterabilidad de las resoluciones judiciales firmes, derivado del principio de seguridad jurídica consagrado en el Artículo 9.3 de la CE, garantiza a quienes han sido parte en el proceso que las resoluciones judiciales firmes no sean alteradas o modificadas al margen de los cauces legales previstos (Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de diciembre de 1991).
- 7) El derecho a la ejecución de la sentencia, más allá de ser un derecho del particular interesado en la ejecución, es una exigencia de un esencial interés público como fundamento del Estado de Derecho que

³³⁶ Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 67/1984, de 7 de junio. Ponente: Don Rafael Gómez-Ferrer Morant.

³³⁷ Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera), núm. 109/1984, de 26 de noviembre. Ponente: Don Rafael Gómez-Ferrer Morant.

³³⁸ Sentencia Tribunal Constitucional núm. 26/1983, de 13 de abril. Ponente: Don Francisco Rubio Llorente.

demanda que se cumplan las sentencias de los Tribunales en sus propios términos.

- 8) La ejecución de la sentencia procediendo a la demolición de lo ilegalmente construido será obligatoria, aun cuando a posteriori se haya producido una modificación del planeamiento urbanístico que legalice dicha construcción, si dicha modificación se ha producido con la finalidad de eludir la ejecución de una sentencia, sin perjuicio de las responsabilidades en que por esta conducta haya incurrido la Administración.

Siguiendo la jurisprudencia expuesta, es obligación constitucional de los jueces penales el cumplimiento de las órdenes de demolición impuestas en las sentencias de condena por delito urbanístico, aun cuando sea necesario para ello el auxilio de las autoridades municipales del término en el que se encuentren las construcciones.

Por su parte, las autoridades municipales deben respetar las órdenes de demolición acordadas por el juez penal, incurriendo en responsabilidad penal por delito de usurpación de atribuciones judiciales si se opusieran a ellas. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2006³³⁹, condena como autor de un delito de usurpación de atribuciones judiciales, a un alcalde que impide la ejecución de una orden de paralización y demolición de unas obras no susceptibles de legalización, estableciendo:

“El delito de usurpación de atribuciones judiciales del Art. 408, y del que existe poca jurisprudencia como con acierto se reconoce en el F.J. cuarto, página 31 de la sentencia sometida al presente control casacional, describe las acciones que atentan contra el poder judicial, bien bajo la forma de ejercicio de competencias propias de los Jueces o Tribunales por autoridad o funcionario público situado extramuros del poder judicial, o bien bajo la fórmula de obstrucción al ejercicio de la potestad judicial. Se trata de delito de sujeto propio y que sólo cabe en su modalidad dolosa. En la modalidad de obstrucción al ejercicio de la potestad jurisdiccional, que es por lo que se ha condenado al recurrente se integra por la obstaculización, por cualquier medio, con la ejecución de sentencia, auto o providencia independientemente de que sea o no firme. El único límite se encontraría en aquellas resoluciones judiciales que supongan una flagrante

³³⁹ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 312/2006, de 14 de marzo.
Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Giménez García.

transgresión de las más elementales normas o derechos – STS de 1 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1023).”.

Dentro del estudio del restablecimiento de la legalidad urbanística en los delitos sobre la ordenación del territorio, se debe hacer referencia a la figura del tercero de buena fe, entendiendo que ostenta dicha condición, el titular actual de la propiedad de la vivienda que la adquirió sin saber que la misma se había llevado a cabo sin licencia de obras y que no es susceptible de legalización.

El tercero de buena fe a que se refiere la legislación urbanística no coincide plenamente con la figura del tercero hipotecario a que se refiere el Artículo 34 de la Ley Hipotecaria³⁴⁰ (Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria), sino que como recoge la **Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2013**³⁴¹:

“En definitiva, nada tiene que ver el concepto de tercero de buena fe con el significado registral normalmente ligado a ese término. En palabras del Fiscal, esa referencia no es equiparable al concepto registral del Art. 34 de la Ley Hipotecaria, Faltaría aquí la inscripción registral. Pero el Art. 319.1 del CP, al incluir la referencia a la buena fe, simplemente procura hacer posible que sean reparados los daños colaterales derivados de una demolición imputable a la conducta del acusado.”

Según la citada sentencia, debe entenderse como terceros de buena fe en los delitos urbanísticos a las

“personas que, sin haber tenido participación en el delito contra la ordenación del territorio y sin conocer las limitaciones urbanísticas que afectaban a la construcción, han resultado gravemente perjudicadas en su patrimonio como consecuencia del delito cometido por el condenado.”

³⁴⁰ Art. 34 LH: “El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.”

³⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 443/2013 de 22 mayo. Ponente: Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez. FJ 3. RJ 2013\3990.

El Art. 319.3 del CP en su redacción originaria hacía referencia al tercero de buena fe, estableciendo la necesidad de indemnizarle en el caso de que se acordara la demolición de la obra ilegal. Así, el citado precepto establecía *“En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.”*

Si bien, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal, en su Artículo Único, número 171, da una nueva redacción al apartado 3 del Artículo 319, para garantizar la indemnización al tercero de buena fe en caso de demolición de la construcción, quedando redactado como sigue:

“En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.”

Así, la figura del tercero de buena fe en los delitos urbanísticos se presenta como una medida de protección a los mismos como víctimas del delito. En este sentido, la **Audiencia Provincial de Islas Baleares en Sentencia de 14 de junio de 2019**³⁴² establece:

“Igualmente en esta idea de proteger a la víctima del delito se incluye en el Art. 319.3 CP reformado por LO 1/15, que valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas, es decir de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, lo que supone o debe interpretarse en el sentido que una vez acordada motivadamente la demolición de la obra o construcción, ésta puede no ejecutarse por un determinado tiempo con la única finalidad de que se garanticen las indemnizaciones que le corresponden a esos terceros, teniendo su explicación en que la construcción está siendo ocupada o utilizada por terceros ajenos a la actividad delictiva y la demolición sin esas garantías sólo les perjudicará a éstos, que se verán privados de la construcción

³⁴² Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 2ª), núm. 371/2019 de 14 junio. Ponente: Ilma. Sra. Mónica de la Serna de Pedro. FJ 3. ARP 2019\1425.

y además no habrán percibido la indemnización, así, garantizándola, se llega a una forma directa de protección de la víctima de un delito, sorprendida en su buena fe ante la comisión de la correspondiente infracción penal contra la ordenación del territorio o urbanismo.”.

La necesidad de acordar la demolición con independencia de que la vivienda perteneciera a un tercero de buena fe ajeno a la ejecución de la obra ilegal, fue puesta de manifiesto por nuestro más alto tribunal, en la anteriormente citada **Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2013**³⁴³, en la que se declaró:

“Sin embargo, nada impide que el órgano jurisdiccional acuerde la demolición y, con ella, la reparación de los perjuicios que aquélla pueda traer consigo en terceros de buena fe. La demolición no es una consecuencia accesoria, tampoco una sanción añadida al delito principal. Se trata de una medida de restablecimiento de la legalidad conculcada por el delito que, como tal, puede llevar consigo un pronunciamiento de responsabilidad civil asociado a la reparación de los daños causados ad personam. El hecho de que quien no ha sido sujeto pasivo ni particular ofendido por el delito pueda resultar destinatario de una indemnización exigida en el proceso penal, no es sino la expresión del deseo legislativo de que el restablecimiento de la ofensa a la ordenación del territorio y la reparación civil de los daños ocasionados se produzcan de forma simultánea.”

El Tribunal Supremo en su doctrina reciente, exige que las sentencias condenatorias por delitos urbanísticos se pronuncien con carácter preceptivo sobre la demolición de la construcción ilegal y la misma se ejecute, sin que pueda delegarse a la competencia administrativa, ni quedar en suspenso condicionada a una eventual modificación futura del planeamiento, todo ello por considerar que en caso contrario se estaría vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el Artículo 24 de la CE, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos. Así, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 13 enero de 2018**³⁴⁴ establece:

“No puede aceptarse la excusa de remitir a una ulterior actuación administrativa la

³⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 443/2013, de 22 mayo. Ponente: Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez. FJ 3. RJ 2013\3990.

³⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 73/2018, de 13 enero. Ponente: Excmo. Sr. Antonio del Moral García. FJ 6. RJ 2018\561.

demolición como sugiere la sentencia. Esa opción entraña una no justificada dejación de la propia competencia de los tribunales penales. Además, conectaría con la causa que generó, según explícita confesión del legislador, la protección penal: una histórica ineficacia de la administración para proteger adecuadamente ese interés general que representa el valor colectivo de la ordenación del territorio (STS 901/2012, de 22 de noviembre (RJ 2012, 11361)).

No sobra traer a colación, como colofón, un rotundo pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Una previsible modificación normativa (se está refiriendo también al campo urbanístico) que pueda afectar a una situación concreta, no es razón para paralizar la ejecución de una sentencia ya firme. La ejecución no puede quedar supeditada a hipotéticas modificaciones ulteriores que son solo futuras. Es la STC 22/2009, de 26 de enero (RTC 2009, 22)

(...)

Pues bien, tal como señala el Ministerio Fiscal, debe concluirse que la decisión judicial de suspender la demolición acordada en Sentencia firme, en expectativa de una futura modificación de la normativa urbanística que, eventualmente, la legalizara, supone una vulneración del Art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836), en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos. En efecto, tomado en consideración que el principio general es la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y que sólo, de forma excepcional, cuando, en los términos previstos legalmente, concurren circunstancias de imposibilidad legal o material, debidamente justificadas, cabe inexecutar o suspender su cumplimiento, no puede admitirse que suponga un supuesto de imposibilidad legal o material la mera expectativa de un futuro cambio normativo, toda vez que ello no implica alteración alguna de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta”.

En el mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estimando la condena a diversos estados como consecuencia de la demora u oposición a la ejecución de las órdenes de demolición acordadas respecto de las obras ejecutadas sin título habilitante y no susceptibles de legalización.

El Tribunal de Estrasburgo no admite en estos casos que las órdenes de demolición vulneren el Artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4

de noviembre de 1950³⁴⁵, que reconoce la Protección de la propiedad en los siguientes términos:

“Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.”

En este sentido, puede citarse la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Caso Saliba contra Malta, de 8 noviembre 2005³⁴⁶ en la que declaró:

“46 No se discute que el almacén del demandante había sido construido sin una licencia de construcción y por lo tanto en patente violación de las normas internas de edificación. En opinión del Tribunal, el efecto de ordenar el derribo de una construcción totalmente ilegal es volver a poner las cosas en la situación en la que deberían haber estado si se hubieran cumplido los requisitos legales. De este modo, las autoridades garantizan una total protección del medio ambiente, así como disuadir a otros infractores potenciales.

47 A la vista de todo lo que antecede, el Tribunal concluye que la medida en cuestión no fue desproporcionada al fin legítimo perseguido. El hecho de que el demandante fuera absuelto al principio del procedimiento penal no altera esta conclusión. Resolver lo contrario sería equivalente a obligar a las autoridades nacionales a tolerar construcciones ilegales cada vez que su propiedad fuera transferida a un tercero bona fidei de las partes.”

En este mismo orden de cosas, la Sentencia del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos Caso Vitiello contra Italia, de 17 julio 2007**³⁴⁷, estableció:

³⁴⁵ Protocolo Adicional al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, París, 20 de marzo de 1952.

³⁴⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4^a) Caso Saliba contra Malta, de 8 noviembre 2005. TEDH 2005 \ 120.

³⁴⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2^a), Caso Vitiello contra Italia, de 17 julio 2007. JUR 2007 \ 198860.

“37. Por lo tanto, de los hechos del caso se desprende que la negativa u omisión de la administración municipal para demoler la construcción en cuestión no tenía base legal en el derecho interno. Dicha conclusión dispensa al Tribunal de tener que averiguar si se ha mantenido un equilibrio justo entre los requisitos del interés general de la comunidad y los imperativos de salvaguardar los derechos individuales (véase Antonetto v. Italia, no 15918/89, 20 de julio de 2000). y Fotopoulou v. Grecia, no 66725/01, 18 de noviembre de 2004).”

Asimismo, el **Tribunal Europeo de Derechos** en la **Sentencia de 24 de mayo de 2007**, Caso Paudicio contra Italia, condena al Estado por la negativa a ejecutar la orden de demolición, estableciendo:

“45 Por último, en lo que respecta al procedimiento de regularización entablado por B. ante el Ayuntamiento de Agerola, el Tribunal señala que ya han transcurrido más de doce años sin que las autoridades municipales se hayan pronunciado al respecto y sin embargo, mediante una nota de 27 de febrero de 1997, el Alcalde de Agerola afirmó que la solicitud de regularización no tenía posibilidades de ser aceptada habida cuenta de la legislación vigente en la materia.

46 Se deduce pues de los hechos de la causa que la negativa u omisión de la administración municipal de proceder a la demolición de la obra en litigio carecía de fundamento en la legislación interna.”

En el campo estrictamente administrativo, también se debe citar la reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que introduce el apartado 3 del Artículo 108 por la Disposición Final 3.4, de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ³⁴⁸. El objeto de la citada reforma legislativa, consiste en garantizar que la Administración cumpla las sentencias condenatorias en los procedimientos contencioso-administrativo, protegiendo a los terceros adquirentes de buena fe, estableciendo que

“El Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la

³⁴⁸ Disposición Final Tercera, apartado cuatro de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («B.O.E.» 22 julio).

prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.”.

El Art. 108.3 de la LJCA ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debiendo citarse como más relevantes las Sentencias de 21 de septiembre de 2017³⁴⁹, recurso de casación 477/2016 y las de 21 de Marzo de 2018, recursos de casación 138/2017³⁵⁰ y 141/2017³⁵¹.

Como establece la Sentencia de 21 de septiembre de 2017

“el legislador, junto con la finalidad de preservación del interés público que protege la ejecución de sentencias urbanísticas en cuanto instrumento dirigido al restablecimiento de la realidad física alterada, ha tratado de introducir la defensa y protección por parte del órgano judicial de los intereses privados de aquellos que habiendo adquirido de buena fe, pueden resultar perjudicados por tal ejecución, si bien, consideramos, que dicha protección no puede alzarse ni considerarse preeminente al interés público que en el proceso se trata de proteger y restaurar.”

Así, para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de derecho a la ejecución de la sentencia, el Tribunal Supremo admite la demolición de la construcción ilegal, aún sin que se hayan determinado las indemnizaciones concretas y se haya garantizado efectivamente su importe por la Administración responsable que ha permitido la ejecución de la construcción, sin perjuicio de que los derechos de terceros queden debidamente garantizados a través de los medios que se estimen oportunos en cada caso.

Las citadas sentencias consideran que no es necesaria la previa declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que con un deficiente ejercicio de las potestades de intervención urbanística ha permitido la ejecución de la obra ilegal, para que se fije una caución estimativa que garantice las

³⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5^a), núm. 1409/2017, de 21 septiembre. Ponente: Excmo. Sr. César Tolosa Tribiño. RJ\2017\4038.

³⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5^a), núm. 475/2018, de 21 marzo. Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina. RJ\2018\1632.

³⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5^a), núm. 476/2018, de 21 marzo. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde. RJ\2018\1631.

indemnizaciones a los terceros propietarios de las obras objeto de demolición.

En cuanto al parámetro utilizado para la fijación de la garantía suficiente, la **Sentencia del Tribunal Supremo número 475/2018**, atendiendo a su vez a lo establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 2013³⁵², considera como referencia

“el precio escriturado o, a falta de éste, el fijado por la adquisición de cada una de las viviendas, que es el considerado en la Sentencia de la Sala de 22 de abril de 2015, rec. 292/12, cantidad incrementada en un 30% en virtud del Artículo 575 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de aplicación supletoria, precisando que estas bases sólo operan a los efectos de determinar la suficiencia de las garantías que han de ser prestadas y sin perjuicio de las cantidades que puedan reclamarse por los distintos propietarios por los daños materiales cuando se produzca el derribo o en los expedientes administrativos de fijación previa”.

Si bien, debe hacerse constar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en la sentencia citada, prima la ejecución de la sentencia para lograr el efectivo restablecimiento de la legalidad urbanística infringida, por encima del derecho a la indemnización de terceros, llegando a admitir que la caución en garantía de la misma no se exija como requisito para la ejecución de la demolición de la obra ilegal. Así, establece:

“De acuerdo con todo lo expuesto y rechazando la interpretación que mantiene la Administración recurrente, consideramos como interpretación más acertada del Artículo 108.3, que la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que se refiere el precepto como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un Juez o Tribunal, no precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio ni requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de ejecución de sentencia en el que se declare y reconozca el derecho del tercero y determine la cantidad líquida que resulte exigible por el mismo, sino que se configura como un trámite

³⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 92/2013, de 22 de abril. Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 4596/2011. Ponente: Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. RTC 2013\92.

integrado en la ejecución de sentencia, que consiste en la adopción por el órgano jurisdiccional de las medidas de aseguramiento que resulten suficientes para responder del pago de las indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso, medidas de aseguramiento que han de ser valoradas, en su existencia y alcance, por el órgano judicial atendiendo a los datos y elementos de juicio de que disponga y pueda recabar en el procedimiento, resolviéndose las controversias que puedan surgir al respecto, en el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, como dispone el Art. 109.1 de la Ley Jurisdiccional.” FJ 5.

VII

CONCLUSIONES

VII.- CONCLUSIONES

Primera.- El Código Penal de 1995 tipifica por primera vez en Derecho español los Delitos sobre la Ordenación del Territorio, con el fin de erradicar la proliferación incontrolada de construcciones ilegales en suelo no apto para la edificación, ante la ineficacia manifiesta de la potestad sancionadora de la Administración.

Segunda.- Los Delitos contra la Ordenación del Territorio y el Urbanismo encuentran su fundamento constitucional en el derecho al medio ambiente (Art. 45 de la CE) y en la utilización racional del suelo en base al interés general, y con el fin de potenciar la calidad de vida. (Art. 47 CE), si bien con carácter más reciente se fundamenta la tipificación de dichas conductas en el derecho al paisaje o a un desarrollo sostenible, reconocidos por la normativa internacional y comunitaria.

Tercera.- Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, transpone las directivas comunitarias en la materia, configurando dicha responsabilidad como ilimitada y objetiva, obligando a la demolición de toda construcción lesiva para el medio ambiente.

Cuarta.- Las construcciones ilegales pueden ser sancionadas en vía administrativa o penal, lo que conlleva una duplicidad de procedimientos, cuya concurrencia se va a dirimir aplicando el principio de prevalencia de la jurisdicción penal sobre la administrativa.

Quinta.- La Administración que con ocasión de la instrucción de un procedimiento sancionador por infracción urbanística aprecie indicios de delito, deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal y suspender la resolución del procedimiento administrativo hasta que recaiga resolución judicial.

Sexta.- El principio "*ne bis in ídem*" impide que una misma construcción pueda ser sancionada penal y administrativamente en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento, siendo posible la sanción penal y administrativa cuando se trate de un bien jurídico distinto, como en los supuestos

en que la misma construcción atente al medio ambiente y a la ordenación del territorio.

Séptima.- La vertiente procesal del principio "*ne bis in ídem*" supone que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procedimientos de tramitación simultánea, uno sancionador administrativo y otro judicial penal.

Octava.- La jurisprudencia española ha modificado su criterio siguiendo las tendencias europeas, para admitir la sanción penal por unos mismos hechos después de que exista una sanción administrativa, basándose en criterios de proporcionalidad siempre que no exista un exceso punitivo.

Novena.- La sentencia absolutoria por delito urbanístico no impide que se inicie o se reanude un procedimiento administrativo sancionador por los mismos hechos, siempre y cuando la infracción urbanística administrativa no haya prescrito, quedando la Administración vinculada por los hechos declarados probados por el juez penal.

Décima.- El delito urbanístico se configura como una ley penal en blanco, ya que los elementos del tipo se refieren a conceptos propiamente urbanísticos, cuya determinación se encuentra en normas administrativas (construcción no autorizable, suelo no urbanizable).

Undécima.- La excesiva administrativización de los tipos penales compromete el respeto al principio de legalidad penal, ya que en muchos casos las normas urbanísticas son de carácter reglamentario (Plan General Municipal de Ordenación, Ordenanza de edificación).

Duodécima.- El Tribunal Constitucional en el ámbito del delito urbanístico, admite la ley penal en blanco cuando para determinar la conducta típica únicamente haya que remitirse a una norma administrativa, pero no sería constitucional un segundo reenvío de la norma administrativa a una norma reglamentaria.

Décimo tercera.- En los delitos contra la ordenación del territorio al estar la conducta típica integrada por conceptos propios del Derecho Administrativo

Urbanístico (obra no autorizable en suelo no urbanizable), debe de aplicarse la técnica de la prejudicialidad administrativa urbanística devolutiva, prevista en el Art. 4 de la LECRIM, remitiendo la decisión sobre los elementos urbanísticos del tipo a la jurisdicción contencioso administrativa.

Décimo cuarta.- El principio de intervención mínima exige que sólo se tipifiquen como delitos sobre la ordenación del territorio aquellas infracciones urbanísticas que representen los atentados más graves contra el mismo y respecto de las cuales la potestad sancionadora de la Administración se muestre insuficiente.

Décimo quinta.- La tipificación de los delitos urbanísticos son una manifestación de la denominada "*Administrativización del Derecho Penal*", pasando de la tutela de bienes individuales a bienes colectivos.

Décimo sexta.- La jurisprudencia considera que la relación entre la sanción administrativa y penal debe ser de complementariedad, el Derecho Administrativo realiza una función preventiva y también sancionadora de primer grado, reservándose el derecho penal para las infracciones más graves.

La inclusión en el ordenamiento penal de los delitos urbanísticos en 1995, supone la tipificación penal de ilícitos que hasta ese momento constituían infracciones administrativas, lo que se ha denominado "*Administrativización del Derecho Penal*" con el riesgo de la fácil "*huida al Derecho penal*" que pone en peligro los efectos de prevención de toda política criminal.

Décimo séptima.- El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional exigen a la hora de tipificar los delitos urbanísticos que se respete el principio de intervención mínima del Derecho Penal, estando éste reservado únicamente para la protección de los bienes especialmente relevantes, por su carácter subsidiario y última ratio en el ámbito sancionador, debiendo ser sólo procedente la sanción penal cuando no exista otro medio menos lesivo que pueda resultar eficaz.

Décimo octava.- El principio de intervención mínima es un mandato dirigido exclusivamente al legislador, por lo que una vez tipificados los delitos urbanísticos no cabe invocar ante el juez penal dicho principio como fundamento jurídico para la obtención de una sentencia absolutoria.

Décimo novena.- El legislador de 1995 fundamenta la tipificación de los delitos urbanísticos en la necesidad de control social del desfase inmobiliario existente con fines de prevención penal, pero en la práctica ha resultado inane, no resultando un freno a la proliferación de las construcciones ilegalizables.

Vigésima.- El fundamento jurisprudencial de la tipificación de los delitos urbanísticos es dual, de una parte la ineficacia palmaria de la Administración en la represión de dichos ilícitos y, de otra parte, en la necesidad de dotar de una protección real la ordenación del territorio como bien material, garantizando el mandato constitucional de "*utilización racional del suelo orientada a los intereses generales*".

Vigésimo primera.- Los principios de intervención mínima y proporcionalidad del Derecho Penal exigen que no se criminalice de manera indiscriminada toda obra en suelo no urbanizable no susceptible de legalización, sino que se debe atender al caso concreto, valorando la entidad constructiva y su repercusión real sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

Vigésimo segunda.- Los supuestos de pequeñas construcciones realizadas por particulares, podrían calificarse siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como "delitos bagatelas" o "*mala quia prohibita*" por tratarse de delitos formales cuya existencia sólo obedece a criterios de oportunidad y, en consecuencia, deberían ser despenalizados por no revestir un reproche social relevante, derivando su sanción al ámbito administrativo (no tratarse de delitos "*mala in se*").

Vigésimo tercera.- Resulta paradójico que en los supuestos de delitos urbanísticos, siendo más grave la lesión al bien jurídico que en los casos de infracción administrativa, la sanción pecuniaria sea muy inferior a la multa impuesta por la Administración, resultando más rentable para el promotor de la obra ilegal ser delincuente que infractor administrativo.

Vigésimo cuarta.- Habiendo transcurrido el tiempo necesario como para valorar la eficacia disuasoria que ha supuesto la tipificación de los delitos urbanísticos respecto de las construcciones ilegales en suelo no urbanizable, la

realidad evidencia que las mismas no han disminuido y tampoco se ha materializado por su demolición en la mayoría de los casos.

Vigésimo quinta.- La reforma del Código Penal operada mediante la Ley Orgánica 5/2010 modifica la rúbrica originaria del Capítulo I del Título XVI del Libro II, “De los delitos sobre la ordenación del territorio” para ampliar la protección al urbanismo, siendo ambos conceptos distintos pero íntimamente relacionados, la Ordenación del Territorio establece a nivel autonómico las políticas públicas que establecen las directrices generales en materia de suelo, que el Urbanismo desarrolla y concreta mediante sus instrumentos urbanísticos de carácter municipal.

Vigésimo sexta.- El bien jurídico de los Delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo es supraindividual o colectivo social general, por ser un bien compartido por la colectividad social.

Vigésimo séptima.- El derecho a la ordenación del territorio no tiene una protección constitucional específica, estando protegido de manera indirecta a través del derecho al medio ambiente en el Art. 45 y el derecho a la vivienda digna en el Art. 47.

Vigésimo octava.- El Tribunal Supremo considera que el bien jurídico protegido por los Delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo es la utilización racional del suelo de manera sostenible como recurso material limitado y la ordenación de su uso orientada a satisfacer el interés general.

Vigésimo novena.- La jurisprudencia concibe la ordenación del territorio como un valor de bien colectivo que prevalecer incluso sobre el derecho de un tercer adquirente de buena fe de la construcción ilegal, que no ha tenido conocimiento ni participación de ningún tipo en dicho delito, sin perjuicio de que sea indemnizado por el perjuicio económico que se le haya ocasionado.

Trigésima.- Existe una corriente jurisprudencial que concibe el bien jurídico protegido por los delitos urbanísticos desde una perspectiva material, llegando a concluir que si la construcción a pesar de estar realizada en suelo no urbanizable no representa una alteración sustancial de la ordenación del territorio, la conducta

no es constitutiva de delito.

Trigésimo primera.- La diferencia entre la infracción urbanística y el delito sobre la ordenación del territorio es cuantitativa, se trata de ilícitos que protegen el mismo bien jurídico, siendo delito los atentados más graves a dicho bien.

Trigésimo segunda.- La reforma legislativa operada por la LO 5/2010 amplía la conducta típica tanto del tipo básico como del agravado a obras de urbanización, construcción o edificación que hasta ese momento se limitaba a "*construcción*" (Art. 319.1) y "*edificación*" (Art. 319.2).

Trigésimo tercera.- La ampliación de la conducta típica a las obras de urbanización se hacía necesaria ya que se trata de obras que por su entidad pueden tener un mayor impacto sobre el suelo que las de mera construcción o edificación, ya que incluye supuestos tales como la apertura de zanjas, demoliciones o movimiento de tierras.

Trigésimo cuarta.- La conducta consistente en obras de edificación es la que más controversia genera al ser un "concepto jurídico indeterminado", existiendo en la jurisprudencia corrientes restrictivas que entienden como necesario que se trate de una obra para albergar personas, excluyendo las que tengan otros fines como los cuartos de aperos, y corrientes que postulan una interpretación amplia del término edificación, incluyendo aquellos cuyo destino un uso distinto del de ser apto para la habitación de personas.

Trigésimo quinta.- La "construcción", como género, tiene significado más amplio, viniendo referida a toda modificación mediante obras de albañilería, no exigiendo la aparición fruto de esa actividad de un cuerpo con un volumen determinado como pudiera ser una edificación. Por el contrario, la "edificación" sería la obra de construcción destinada a levantar edificios.

Trigésimo sexta.- La jurisprudencia entiende por construcción toda obra que no tenga por destino principal, como cuerpo cierto espacial sólido y permanente, la habitación del ser humano u otros usos análogos (zanjas, muros, vallados, instalación de tuberías, embalses, acequias, etc.), siendo la edificación una construcción concreta con dimensión espacial apta al uso humano, de carácter

permanente y fijo, y con destino a servir directamente las necesidades de vivienda del hombre u otras análogas, como el ocio, el desarrollo de actividades económicas o industriales, de carácter dotacional o asistencial, etc.

Trigésimo séptima.- Para que una construcción realizada en suelo no urbanizable que no sea susceptible de legalización deba ser considerada como delito debe de tratarse de una construcción relevante o significativa, lo que es acorde con el Principio de intervención mínima del Derecho Penal

Trigésimo octava.- Las obras subterráneas tales como piscinas, sótanos, bodegas han sido consideradas por el Tribunal Supremo como construcciones incardinables en la conducta típica del delito urbanístico.

Trigésimo novena.- Las casas prefabricadas de madera o asimiladas han generado posturas encontradas en la jurisprudencia, así mientras existen Audiencias Provinciales que entienden que no son constitutivas de delito por no implicar obras ni se trata de un bien inmueble, otras las consideran punibles al causar la modificación del uso del suelo mediante una instalación estable, aludiendo en la mayoría de los casos al hormigonado necesario para su colocación.

Cuadragésima.- En la práctica es habitual que los sujetos activos de los delitos urbanísticos intenten eximir su responsabilidad alegando que en lugar de una edificación se trata de un cuarto de aperos para la labor de la tierra o el ganado, si bien la jurisprudencia rechaza dicho argumento cuando aprecia que dispone de los servicios propios de una vivienda (enlosado, climatización, elementos ornamentales, etc.).

Cuadragésimo primera.- La LO 5/2010 de reforma del Código Penal sustituye la expresión "*no autorizada*" por la de "*no autorizable*" en relación con el tipo agravado de delito urbanístico, equiparando la conducta al tipo básico y recogiendo la reivindicación doctrinal que consideraba que lo relevante es la conformidad de la obra con la normativa urbanística vigente en el momento de su ejecución, es decir, que sea susceptible de legalización, siendo intrascendente a los efectos de apreciar la comisión del delito que efectivamente exista el acto administrativo concreto que autorice la misma.

Cuadragésimo segunda.- La obtención por el sujeto activo de una licencia de obras que no ampare la obra realmente ejecutada, lo que se denomina licencia pantalla (como sucede en los casos en que solicita una licencia de obra menor para una reparación y se amplía la edificación) no excluye la existencia de delito urbanístico.

Cuadragésimo tercera.- No se admite como causa de justificación, que conlleve la inexistencia de delito urbanístico, el hecho de que en la zona donde se haya ejecutado la obra ilegalizable existan más viviendas similares y en idéntica situación, la jurisprudencia rechaza la igualdad en la ilegalidad.

Cuadragésimo cuarta.- Para determinar si una obra es autorizable se habrá de estar a la regulación de los títulos habilitantes en la ley de suelo de la Comunidad Autónoma en la que se haya ejecutado y a la normativa establecida en el Plan General Municipal de Ordenación del municipio.

Cuadragésimo quinta.- En la actualidad han obtenido protagonismo las modernas técnicas de intervención administrativa, como la comunicación previa o la declaración responsable, que adelantan la autorización para la ejecución de la obra al momento de la presentación de la documentación ante la Administración, lo que representa una apariencia de legalidad que luego puede no ser real una vez que a posteriori la Administración haga la comprobación de lo ejecutado con el título presentado (lo que en ocasiones no se realiza por insuficiencia de medios, incluso por desidia), existiendo el riesgo de que el imputado por la ejecución de una obra ilegal dispusiera de una declaración responsable o comunicación previa para la ejecución de la obra debidamente registrada ante la Administración que induzca a error al juez penal sobre la legalidad de la obra.

Cuadragésimo sexta.- La conformidad de la obra con la normativa urbanística sobrevenida como consecuencia de una modificación del planeamiento o de la ley, no elimina la existencia de delito urbanístico, ya que la obra no era legalizable en el momento de la realización del injusto típico existiendo consumación del delito.

Cuadragésimo séptima.- En caso de duda sobre el carácter autorizable o no autorizable de la obra el tribunal, en aplicación del principio de valoración de la

prueba *in dubio pro reo*, deberá absolver al autor de las obras.

Cuadragésimo octava.- El Tipo Básico de delito urbanístico recogido en el Art. 319.2 del CP castiga la ejecución de obras no autorizables en el suelo no urbanizable, para delimitar qué debe entenderse por “Suelo no urbanizable” hay que acudir a la legislación urbanística, en concreto a ley autonómica de suelo y el Plan General de Ordenación Urbana municipal del lugar donde se hayan realizado las obras.

Cuadragésimo novena.- Con carácter general se equipara el “Suelo no urbanizable” al Suelo Rural definido en el Art. 21.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que abarca las antiguas categorías de Suelo no Urbanizable (el rústico propiamente dicho) y Suelo Urbanizable (pendiente de desarrollo), siendo en la actualidad la tendencia legislativa la consideración del suelo rural como categoría residual, entendiéndose que será suelo rural todo el que no cumpla los requisitos para ser considerado suelo urbanizado.

Quincuagésima.- La jurisprudencia comparte una concepción amplia del “Suelo no urbanizable” en atención a sus características naturales al margen de la clasificación urbanística, entendiéndose que no sólo lo es el clasificado así por el Plan General Municipal de Ordenación sino también aquellos suelos en los que concurren valores de los que la legislación urbanística considera merecedores de protección (valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales, etc.)

Quincuagésimo primera.- Si el Suelo no urbanizable o rural en el que se ejecutan las obras está protegido por el planeamiento urbanístico para preservar los valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, los hechos deben incardinarse en el Tipo agravado tipificado en el Art. 319.1 del CP.

Quincuagésimo segunda.- La estructura del Art. 319 del CP relativo a los delitos urbanísticos al regular en el primer apartado el tipo agravado y en el segundo el tipo básico, pone de manifiesto la importancia que se atribuye a la protección del medio ambiente y al respeto a la normativa urbanística.

Quincuagésimo tercera.- El Tipo agravado de delito urbanístico se configura como una ley penal en blanco, ya que para determinar si las obras ejecutadas afectan a alguna de las categorías de suelo especialmente protegidas, se debe acudir a la legislación especial aplicable en cada caso, bien sea el Plan General Municipal de Ordenación, las leyes de protección ambiental (ley de aguas, ley de Montes, ley de Costas, etc.) y a las leyes de patrimonio histórico y cultural.

Quincuagésimo cuarta.- En los supuestos en que el Tipo Agravado lo sea por afectar la construcción a bienes de especial protección por motivos artísticos, culturales o históricos podrá existir un concurso los delitos contra el patrimonio histórico tipificados en el Capítulo II, del Título XVI, del Libro II del CP, resolviéndose a favor del precepto especial de protección del patrimonio histórico.

Quincuagésimo quinta.- La jurisprudencia, en atención a esta diferente nivel de protección del suelo, de conformidad con los principios de intervención mínima y de proporcionalidad, entiende que debe atenderse a la entidad de la lesión del bien jurídico protegido efectivamente producida, para calificar los mismos como delito o como infracción administrativa urbanística.

Quincuagésimo sexta.- La configuración como ley penal en blanco del tipo agravado de delito urbanístico haciendo depender el mayor reproche penal de una decisión discrecional de la Administración en un momento determinado, que será quien determine qué valores deben ser "*considerados de especial protección*", representa un grave riesgo para la seguridad jurídica, ya que en el fondo dependerán de la sensibilidad político-social del partido que gobierne.

Quincuagésimo séptima.- El Art. 319 del CP considera como sujeto activo de los delitos urbanísticos, tanto en el tipo básico como en el tipo agravado a los "*promotores, constructores o técnicos directores*" que lleven a cabo las obras no autorizables, existiendo controversia en la doctrina sobre la naturaleza jurídica de este tipo de delitos, mientras un amplio sector doctrinal y jurisprudencial considera al delito urbanístico un delito especial propio, existe otra corriente doctrinal únicamente considera delito especial propio aquellos casos en los que el sujeto activo sean técnicos directores, entendiéndose como un delito común el cometido por los promotores o constructores.

Quincuagésimo octava.- La jurisprudencia con carácter general considera que el delito urbanístico es un delito especial propio en el caso de los técnicos directores respecto de los cuales siempre se les exigirá el correspondiente título académico que acredite su cualificación profesional y, no así, en el caso de los promotores o constructores que se presenta como un delito común, no siendo necesario que se trate de profesionales de la construcción.

Quincuagésimo novena.- El Art. 9 de la LOE establece el concepto legal de promotor, siendo para la doctrina y la jurisprudencia el fundamento para considerarlo como delito común, entendiéndose por tal a *“cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título.”*

Sexagésima.- Desde la perspectiva de delito común del delito urbanístico en el caso del “auto constructor” que construye una casa por sus propios medios para cubrir sus necesidades de vivienda sin causar daño grave a la ordenación del territorio ni al medio ambiente, la sanción penal puede resultar desproporcionada, siendo más apropiada la sanción administrativa, por tratarse de conductas que no revisten especial gravedad ni suponen un atentado importante contra la ordenación del territorio.

Sexagésimo primera.- El delito urbanístico se configura como un tipo penal eminentemente doloso, que exige el conocimiento de la ejecución de una obra sin licencia en suelo no urbanizable no susceptible de ser autorizada, no siendo posible su comisión por imprudencia.

Sexagésimo segunda.- El error de tipo en los delitos urbanísticos puede existir en los casos en que recaiga sobre los elementos normativo jurídicos del tipo, porque el sujeto activo crea que la construcción es autorizable o que el suelo es urbanizable, con la consiguiente exención de responsabilidad penal según lo dispuesto en el Art. 14 del CP, lo que puede darse en el caso de promotores no profesionales de la construcción, si bien la mayoría de la jurisprudencia rechaza esta posibilidad.

Sexagésimo tercera.- El error de prohibición, consistente en la creencia errónea de estar obrando lícitamente, no es admitido por la jurisprudencia con trascendencia de exención de responsabilidad penal, en base a que es de conocimiento general que la ejecución de una obra conlleva la necesidad de pedir licencia, si bien la última corriente jurisprudencial considera que como error vencible la conducta es típica y antijurídica, pero se atenúa la culpabilidad con la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados en base al Artículo 14.3 del CP.

Sexagésimo cuarta.- El Art. 319.3 del CP establece como medida común al Tipo Básico y al Tipo Agravado de delito urbanístico, la posibilidad de que el juez pueda acordar la demolición de lo ilegalmente construido.

Sexagésimo quinta.- La demolición de la obra ilegal ha sido calificada por el Tribunal Supremo como medida de naturaleza jurídica civil, formando parte de la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito y se rige por las normas propias del Derecho privado, no teniendo naturaleza de pena. Además, también se califica como medida de política criminal que evita que proliferen este tipo de construcciones no susceptibles de legalización, evitando el efecto llamada.

Sexagésimo sexta.- El principal problema que ha planteado en la práctica judicial la interpretación del Art. 319.3 del CP es el carácter facultativo del término "*podrá*" que genera la duda de si se trata de una potestad que la ley concede al juzgador para su ejercicio discrecional o si se trata de un pronunciamiento necesario en toda condena por delito urbanístico, siendo interpretado por el Tribunal Supremo en el sentido de que el juez penal debe pronunciarse con carácter necesario sobre la demolición de lo ilegalmente construido, por tratarse de una consecuencia civil del delito que viene impuesta por el Art. 109 del CP.

Sexagésimo séptima.- La regulación de la demolición establecida en el CP adolece de una excesiva vaguedad dando lugar a jurisprudencia contradictoria de las distintas Audiencias Provinciales sobre los supuestos en los que se debe proceder a la demolición de lo construido sin licencia, lo que ha generado una grave inseguridad jurídica e incluso un efecto llamada para la realización de construcciones ilegales hacia aquellas zonas en las que hay mayor permisividad jurídica.

Sexagésimo octava.- De "*lege ferenda*" se hace necesario la fijación de unos criterios legales uniformes que establezcan los casos en los que debe acordarse la demolición, criterios que deberán ser acordes a los principios de proporcionalidad penal y racionalidad, acordando la demolición únicamente cuando se haya causado una lesión efectiva a la ordenación del territorio, pero no en los casos en que a pesar de ser suelo clasificado como no urbanizable se trate de un núcleo urbano "*de facto*".

Sexagésimo novena.- El criterio del Tribunal Supremo es acordar la demolición, inadmitiendo como causa de justificación la existencia de otras construcciones en el entorno, con fundamento en que los tribunales no deben contribuir a perpetuar el ilícito, dando una falsa apariencia de legalidad a viviendas construidas infringiendo la normativa urbanística.

Septuagésima.- El Tribunal Supremo en la Sentencia de 11 noviembre de 2016 admite de manera excepcional y motivada que no se acuerde la demolición y con el fin de unificar la doctrina de las distintas Audiencias Provinciales, fija tres criterios fundamentales a tener en cuenta: 1) La gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción (no se cause daño real al suelo, extralimitación de licencia de obras), 2) Proporcionalidad en relación con el perjuicio que causaría al infractor por resultar afectados derechos fundamentales (privación de la única vivienda que constituye el domicilio familiar, tratarse de una zona urbanizada) 3) Naturaleza de los terrenos, acordando la demolición siempre en los casos de suelo de especial protección (ZEPA, LIC). Si bien, a modo de cierre, concluye que existen tres casos en los que deberá acordarse la demolición en todo caso: 1) Cuando la construcción de la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables (imposibilidad absoluta de legalización ni por vía excepcional de interés público o la licencia provisional). 2) Haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración (incumplimiento requerimientos de la autoridad para la paralización de las obras). 3) Cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial.

Septuagésimo primera.- La Audiencia Provincial de Murcia en un primer momento era más permisiva con la subsistencia de las construcciones ilegales

derivando la decisión de la demolición a la Administración, si bien posteriormente acoge los criterios del Tribunal Supremo, admitiendo como regla general la demolición de lo construido sin título habilitante y como una excepción su conservación, en casos tales como una extralimitación leve del contenido de la licencia urbanística o la transformación efectiva del suelo en un núcleo urbano en el que la Administración municipal recauda el Impuesto sobre Bienes Inmuebles por la construcción ilegal.

Septuagésimo segunda.- La efectiva defensa del bien jurídico protegido por los delitos urbanísticos exige la ejecución material de la orden de demolición, tanto desde el punto de vista retributivo para cesar la lesión a dicho bien, como desde la perspectiva de la prevención, para evitar la proliferación de nuevas construcciones ilegales, contribuyendo a la creencia generalizada en la opinión pública de que la única consecuencia perjudicial que conlleva la obra ilegal es el pago de una multa pero no la demolición de lo edificado sin licencia.

Septuagésimo tercera.- La regla general es que la Administración de oficio no ordena la ejecución de las órdenes de restablecimiento de la legalidad por ella acordadas, salvo en el caso de que exista una tercera persona que solicite la ejecución subsidiaria a costa del infractor.

Septuagésimo cuarta.- La orden de demolición acordada por el juez penal en la sentencia de condena como responsabilidad civil derivada del delito urbanístico en la práctica es ejecutada por la autoridad administrativa con competencias para el restablecimiento de la legalidad urbanística.

Septuagésimo quinta.- La Administración no suele ejecutar las órdenes de demolición, tanto por motivos políticos habida cuenta de la impopularidad que conlleva con una repercusión directa en los resultados electorales, como por motivos económicos, ya que en la mayoría de los casos el propietario no realiza la demolición de manera voluntaria, viéndose obligada la Administración a tramitar un procedimiento de ejecución subsidiaria a su costa, lo que supone la necesidad de adelantar un dinero que no sabe si recuperará por no tener garantías de la solvencia del ejecutado.

Septuagésimo sexta.- Sería necesario un control sobre el cumplimiento por parte de la Administración de la ejecución de las órdenes de demolición, exigiendo en su caso las responsabilidades patrimoniales y penales que procedan a las autoridades y funcionarios públicos por su inactividad, pudiendo incurrir en delitos de omisión del deber de perseguir delitos, de usurpación de atribuciones judiciales o de prevaricación por omisión.

Septuagésimo séptima.- En los casos en que la orden de demolición sea acordada por el juez penal éste es el obligado a ejecutar la condena por tener competencia exclusiva para ello, debiendo garantizar la ejecución de la sentencia en sus propios términos por ser parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y por razones de interés público, al constituir una garantía ínsita a todo Estado de Derecho.

Septuagésimo octava.- El juez penal debe velar por el cumplimiento riguroso de la ejecución de las condenas de demolición, obligando al condenado a realizar todas las actuaciones de restablecimiento de la legalidad concediéndole para ello un plazo no muy amplio (3 meses es un plazo apropiado) y comprobando físicamente que la obra haya sido demolida,

Septuagésimo novena.- La jurisdicción penal dispone de prerrogativas más eficaces que la Administración para compeler al autor de la obra ilegal a su demolición mediante el apercibimiento de la incoación de diligencias por delito de quebrantamiento de condena que puede conllevar pena privativa de libertad.

Octogésima.- En los casos en que se acuerda la demolición de la construcción ilegal el Art. 319.3 del CP desde su redacción originaria en 1995 reconocía los derechos del tercero de buena fe que hubiera adquirido la vivienda, viéndose reforzada esta protección con la reforma del citado precepto realizada por la LO 1/15, que permite que se posponga la ejecución de la demolición hasta que se presten las correspondientes garantías del cobro de la indemnización que le corresponden al tercero, con el fin de que no se vea privado de su vivienda sin posibilidad de ser indemnizado.

Octogésimo primera.- El tercero de buena fe en los delitos urbanísticos no se corresponde con el tercero hipotecario regulado en el Art. 34 de la Ley Hipotecaria,

la jurisprudencia lo considera una víctima del delito, teniendo tal condición según el Tribunal Supremo, aquella persona que, sin haber tenido participación en el delito contra la ordenación del territorio y sin conocer las limitaciones urbanísticas que afectaban a la construcción, ha resultado gravemente perjudicada en su patrimonio como consecuencia del delito cometido por el condenado.

Octogésimo segunda.- En el ámbito internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ratifica la necesidad de demolición de la construcción ilegal, entendiendo que no vulnera el Artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, que reconoce la protección de la propiedad. Por el contrario, sí condena a aquellos estados que demoran o se oponen a la ejecución de las órdenes de demolición acordadas respecto de las obras ejecutadas sin título habilitante y no susceptibles de legalización.

Octogésimo tercera.- El derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de derecho a la ejecución de la sentencia, exige que se materialice la demolición de la construcción ilegal, sin perjuicio de que los derechos de terceros queden debidamente garantizados mediante los medios oportunos, no siendo necesario la previa declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que con un deficiente ejercicio de las potestades de intervención urbanística ha permitido la ejecución de la obra ilegal.

Octogésimo cuarta.- La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo prima la ejecución de la sentencia de demolición por encima del derecho a la indemnización de terceros, para lograr así el efectivo restablecimiento de la legalidad urbanística, llegando a admitir que la caución en garantía de la indemnización de la demolición no se exija como requisito para llevarla a cabo.

Octogésimo quinta.- El gran reto existente en el ámbito de la protección penal del urbanismo y de la ordenación del territorio es conseguir la efectiva demolición de la construcción ilegalizable, por ser la única manera de hacer cesar el ataque al bien jurídico y de demostrar que la voluntad del condenado no prevalece sobre la de la ley, de lo contrario se permite la subsistencia del resultado delictivo con carácter de perpetuidad.

Octogésimo sexta.- Los tribunales penales tienen obligación de acordar la demolición de la construcción ilegal con carácter general, ya que de derivar dicha decisión a la autoridad administrativa, incurren en una dejación de la propia competencia de los tribunales penales, así como en una grave contradicción con el fundamento de la tipificación penal de los delitos urbanísticos, que según el propio legislador, se encuentra en la histórica ineficacia de la Administración para proteger adecuadamente ese interés general que representa el valor colectivo de la ordenación del territorio.

Octogésimo séptima.- No es admisible que se suspenda la ejecución de la demolición de la obra ilegal acordada en sentencia penal firme, con fundamento en una previsible modificación del planeamiento urbanístico, ya que se trata de una potestad discrecional de ejercicio incierto y cambiante, además de que supondría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el Art. 24.1 de la CE, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos, ejecución que únicamente se puede suspender de forma excepcional, cuando, en los términos previstos legalmente, concurren circunstancias de imposibilidad legal o material, debidamente justificadas, lo que no puede predicarse de una hipotética modificación del planeamiento urbanístico.

Octogésimo octava.- La condena penal a la demolición y su efectiva ejecución debe ser la regla general, aún en el caso de que la construcción pertenezca a un tercero de buena fe que no haya tenido conocimiento del origen ilícito de la obra, sin que pueda quedar diferida la ejecución de la sentencia a la previa determinación de la indemnización concreta que tenga que darse por el condenado al tercero, debiendo bastar para ello una valoración por precios de referencia como puede ser el precio medio de mercado o el valor de adquisición declarado en la escritura de compraventa.

Octogésimo novena.- Veinticinco años después de la tipificación de los delitos urbanísticos, no sólo no ha disminuido la proliferación de construcciones no susceptibles de legalización en suelo no urbanizable, sino que tampoco se ha ejecutado la demolición de la mayor parte de las demoliciones acordadas.

Nonagésima.- Tanto la autoridad administrativa como judicial penal se muestran ineficaces para lograr una tutela efectiva y real del urbanismo, a través

del sistema actual de tramitación de dos procedimientos paralelos con competencias de ejecución en ambos órdenes, lo que supone un mayor coste económico y un grave demora de la respuesta sancionadora.

Nonagésimo primera.- Se presenta como necesaria una reforma del sistema de represión de los atentados contra la ordenación del territorio, reforzando la eficacia de la potestad sancionadora de la Administración en los casos de infracciones urbanísticas, para que la intervención de la justicia penal sea excepcional y verdaderamente eficaz.

VIII

BIBLIOGRAFÍA

VIII.- BIBLIOGRAFÍA

8.1.- BIBLIOGRAFÍA:

- ACALE SÁNCHEZ, Delitos urbanísticos, Barcelona 1997.
- ACALE SÁNCHEZ, Derecho Penal del medio ambiente. «Delitos sobre la ordenación del territorio» TERRADILLOS BASOCO (ed.) 1997.
- ACALE SÁNCHEZ, “Primeros pronunciamientos jurisprudenciales en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio: Comentarios a la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 3 de Jerez de la Frontera, de 7 de mayo de 1998. AP, 1999”.
- ACALE SÁNCHEZ, M^a, “Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, Bosch, Barcelona, 2011.
- BECCARIA, “De los delitos y las penas”, 1764.
- BOIX REIG J., GARCÍA RIVAS N., JUANATE C. Y DORADO Y JAREÑO LEAL A., Derecho Penal. Parte Especial, Volumen I. La Protección Penal de los Intereses Jurídicos Personales. Diciembre 2010.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A. Los delitos urbanísticos. Ed. S.A. ATELIER LIBROS. Barcelona, 2007.
- CABALLERO SALINAS, J.M., “Los Delitos Urbanísticos tras la reforma de la LO 5/2010”. Editorial Aranzadi, S.A. Navarra, 2014.
- CANO CAMPOS, T., «Ne bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador», Rev. de Administración Pública, n.o 156, Sept.-dic. 2001.
- CARMONA SALGADO, COBO DEL ROSAL (dir.) “Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial”, 1997.
- CERDÁ SUÑER, I. “Teoría general de la urbanización, y aplicación de sus principios y doctrinas a la reforma y ensanche de Barcelona”, Imprenta Española. Madrid, 1867.

- CLAUS ROXIN, "Problemas básicos del Derecho Penal", Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Editorial Reus. Enero 1976.
- DÍEZ-PICAZO, L., "El principio de legalidad penal". Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Sistema de Derechos Fundamentales. Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2008.
- DIEZ RIPOLLÉS, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", RECPC 06-03 (2004).
- ESTRADA CUADRAS, A., "Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005" InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona 2006.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. "Manual de Derecho Urbanístico", Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- GARCÍA ÁLVAREZ, A., La ordenación del territorio en el Estado de las Autonomías, Revista de Estudios Territoriales, núm. 1, enero-marzo. 1981.
- GARCIA BELLIDO, A. "Urbanística de las grandes ciudades del mundo antiguo. 3ª ED. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Curso de Derecho Administrativo, t. II", Madrid, 1998.
- GARCÍA DEL MAZO, S., "El espíritu de las leyes por Montesquieu vertido al castellano con notas y observaciones". Tomo I. Librería General de Victoriano Suarez. Madrid 1906.
- GINER ALEGRÍA, C. A., Teorías Criminológicas. Criminología, derecho penal y derechos humanos, Ed. Aranzadi, (Navarra), 2013,
- GÓMEZ RIVERO, "El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio". Valencia, 2000.
- GÓRRIZ ROYO, "Protección penal de la ordenación del territorio". Valencia, 2003.

- HASSEMER, "La seguridad por intermedio del Derecho penal", en MUÑOZ CONDE (Director), Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, Valencia, 2008.
- Informe Brundlandt de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo por encargo de la Organización de Naciones Unidas, publicado en 20 de marzo de 1987.
- IRIBARREN OSCÁRIZ, J., "Los tipos penales en blanco" Boletín Aranzadi Penal núm. 47/2003 parte Boletín. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2003
- LUZÓN CUESTA, J.M. "Compendio de Derecho Penal. Parte general". Editorial Dykinson, S.L. Madrid 1996.
- LUZÓN CUESTA, J.M. "Compendio de Derecho Penal, Parte Especial", Ed. Dykinson, S.L., Madrid 2015.
- MAGRO SERVET, V., "Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2014 parte Estudio. "Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014.
- MARINA JALVO, B. «Ne bis in idem y prevalencia del pronunciamiento de la jurisprudencia penal. Delitos e infracciones administrativas contra el medio ambiente», Rev. Española de Derecho Administrativo, nº 108, 2000.
- MARTÍN MATEO, R. «La ordenación del territorio en el nuevo marco institucional», REVL, nº 106. 1980.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Delitos sobre la ordenación del territorio. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial. 2ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia 2005.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General", Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- MIGUEL Y ESTEBAN ASTARLOA, C., "La aplicación del principio ne bis in ídem y el concurso de delitos en los delitos contra el medio ambiente", Revista Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, Nº 2/2002.

- MORELL OCAÑA, L. "Estructuras locales y ordenación del espacio". Instituto Nacional de la Administración Pública. Madrid, 1972.
- MUÑOZ CONDE, "Protección de bienes jurídicos como límite constitucional al Derecho Penal en el nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz". Aranzadi. Navarra 2001.
- MUÑOZ CONDE, F. "Derecho Penal Parte Especial" 19ª Ed. Tirant lo Blanch 2013.
- ORTEGA MONTORO, "Los delitos contra la ordenación del territorio en el Código Penal de 1995". LL, 1997-VII.
- PALAZZO, "Legislazione penale, Dizionario storico dell'Italia unita", en BONGIOVANNI/TRANFAGLIA ED, Roma, Bari, 1996.
- PAREDES CASTAÑÓN, "Los delitos sobre la ordenación del territorio". Revista Quincenal de Sentencias. Pamplona, nº 8, 2000.
- PAREJO ALFONSO, L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Lecciones de Derecho Urbanístico." Civitas, Madrid, 1981.
- PAREJO ALFONSO, L.J. y ROGER FERNÁNDEZ, G., "Comentarios a la ley de Suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo)", Ed. Iustel, Madrid, 2007.
- REVISTA ACTUALIDAD JURÍDICA DE URÍA & MENÉNDEZ, nº 2/2002.
- RODRÍGUEZ RAMOS, "La disciplina urbanística y el nuevo CP. La protección penal del territorio". Actas I y II Jornadas sobre la disciplina urbanística. Zaragoza 1996.
- SANTOS DÍEZ, R. y CASTELAO RODRÍGUEZ, J., "Manual para Juristas y Técnicos". El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, ¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo CP español. AP, nº 23, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., "La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales". Civitas Ediciones, S.L. Madrid, 2001.

- SUÁREZ MIRA-RODRIGUEZ, JUDEL PRIETO Y PIÑOL RODRÍGUEZ, "Manual de Derecho Penal", Thompson Aranzadi, Cizur menor, 2006.
- TORRES DULCE, E., conferencia sobre "La judicialización de la vida política", Fundación Ankaria, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 23 de octubre de 2017.
- VIVES, "Sobre la concepción procedimental del bien jurídico y el doble papel que desempeña el bien jurídico", 1996.
- WELZEL, "Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht", JZ JuristenZeitung, 1956.

8.2.- FUENTES JURÍDICAS:

TEXTOS LEGALES:

ESPAÑA

- Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.
- Constitución Española de 1978.
- Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana-
- Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento del Planeamiento Urbanístico.
- Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento de Disciplina Urbanística.
- Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana.
- Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma urgente y parcial del Código Penal de 1973.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia.
- Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.
- Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.
- Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, BOE de 23 de Julio de 1997.
- Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción.
- Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.
- Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación.
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

INTERNACIONALES

- Protocolo Adicional al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, París, 20 de marzo de 1952.
- Carta Europea de la Ordenación del Territorio, Consejo de Europa. Torremolinos, España.1983
- Instrumento de Ratificación del Protocolo núm. 7 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio núm. 117 del Consejo de Europa), Estrasburgo 22 de noviembre de 1984.
- Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo por encargo de la Organización de Naciones Unidas, publicado en 20 de marzo de 1987.
- Directiva Hábitats 92/43/CEE, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.
- ETE Estrategia Territorial Europea, Hacia un desarrollo equilibrado y sostenible del territorio de la UE. Acordada en la reunión informal de Ministros responsables de ordenación del territorio en Potsdam, mayo de 1999.
- Convenio Europeo del Paisaje de 20 de octubre de 2000.
- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 11 de febrero de 2004.
- Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007.
- Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres.

8.3.- JURISPRUDENCIA:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia 2/81, de 30 de enero.
- Sentencia 26/1983, de 13 de abril.
- Sentencia 77/83, de 3 de octubre.
- Sentencia 67/1984, de 7 de junio.
- Sentencia 109/1984, de 26 de noviembre.
- Sentencia 159/1985, de 27 de noviembre.
- Sentencia 176/1985, de 17 de diciembre.
- Sentencia 133/1987, de 21 de julio.
- Sentencia 159/1987 de 26 de octubre.
- Sentencia 167/1987 de 28 de octubre.
- Sentencia 152/1988, de 20 de julio.
- Sentencia 62/1994, de 28 febrero.
- Sentencia 102/1995, de 26 de junio.
- Sentencia 55/1996, de 28 de marzo.
- Sentencia 61/1997, de 20 de marzo.
- Sentencia 136/1999, de 20 de julio.
- Sentencia 177/1999, de 11 de octubre.
- Sentencia 152/2001, de 2 de julio.
- Sentencia 2/2003, de 16 enero.
- Sentencia 24/2004, de 24 de febrero.
- Auto 233/2004 de 7 de junio.
- Sentencia 283/2006, de 9 octubre.
- Auto 338/2008, de 27 octubre.

- Sentencia 153/2011, de 17 octubre.
- Sentencia 92/2013, de 22 de abril.
- Sentencia 189/2013, de 7 de noviembre.
- Sentencia 36/2018, de 23 abril.

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia 1.104/1998, de 3 de octubre.
- Sentencia 74/2001, de 22 de enero.
- Sentencia de 5 de abril de 2001.
- Sentencia 1.250/2001, de 26 de junio.
- Sentencia 96/2002, de 30 de enero.
- Sentencia 1.350/2002, de 8 de julio.
- Sentencia 690/2003, de 14 de mayo.
- Sentencia 833/2004, de 24 junio.
- Sentencia 865/2005, de 24 junio.
- Sentencia 1484/2005, de 28 febrero.
- Sentencia 663/2005, de 23 mayo.
- Sentencia 312/2006, de 14 de marzo.
- Sentencia 363/2006, de 28 de marzo.
- Sentencia 1067/2006, de 17 de octubre.
- Sentencia 1182/2006, de 29 de noviembre.
- Sentencia 141/2008, de 8 de abril.
- Sentencia 335/2009, de 6 de abril.
- Sentencia de 31 marzo 2010.
- Sentencia 54/2012, de 7 de febrero.
- Sentencia 196/2012, de 21 de marzo.

- Sentencia 497/2012, de 4 de junio.
- Sentencia 529/2012 de 21 junio.
- Sentencia 443/2013 de 22 mayo.
- Sentencia 448/2013, de 27 de mayo.
- Sentencia de 20 febrero 2014.
- Sentencia 816/2014, de 24 de noviembre.
- Sentencia 244/2015, de 22 de abril.
- Sentencia 708/2016, de 19 de septiembre.
- Sentencia 854/2016, de 11 noviembre.
- Sentencia 586/2017, de 20 julio.
- Sentencia 73/2018, de 13 enero.
- Sentencia 1409/2017, de 21 septiembre.
- Auto de 25 enero 2018.
- Sentencia 88/2018, de 21 de febrero.
- Sentencia 475/2018, de 21 marzo.
- Sentencia 476/2018, de 21 marzo
- Sentencia 491/2018 de 23 octubre.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Cataluña:

- Sentencia 592/2016, de 19 de julio.

Murcia:

- Sentencia 765/2007, de 9 noviembre.

AUDIENCIAS PROVINCIALES**Alicante**

- Sentencia 315/2001, de 21 junio.
- Sentencia 321/2003, de 12 de junio.
- Sentencia 349/2016, de 9 de septiembre.

Almería

- Sentencia 41/2006, de 7 febrero.
- Sentencia 184/2012, de 22 mayo.
- Sentencia 63/2014, de 19 febrero.

Badajoz

- Sentencia 21/2019, de 19 febrero.
- Sentencia 32/2019, de 13 de marzo.

Burgos

- Sentencia 30/2003, de 29 de marzo.
- Sentencia 240/2016, de 28 junio.

Cádiz

- Sentencia de 20 octubre de 1999.
- Sentencia de 26 de marzo de 2002.
- Sentencia 126/2016, de 14 de abril.
- Sentencia 299/2017, de 24 de octubre.
- Sentencia 202/2019, de 2 julio.

Cantabria

- Sentencia 196/2014 de 12 de mayo.
- Auto 94/2003, de 22 de diciembre.

Castellón

- Sentencia 44/2016 de 12 de febrero.

Córdoba

- Auto 42/2003 de 27 febrero.
- Sentencia 42/2003, de 27 de febrero.
- Sentencia 18/2011 de 20 enero.

Islas Baleares

- Sentencia 28/2008, de 23 mayo.
- Sentencia 168/2013, de 1 julio.
- Sentencia 104/2017, de 11 de abril.
- Sentencia 193/2017, de 26 de julio.
- Sentencia 371/2019, de 14 junio.

Jaén

- Sentencia 192/2006, 3 julio.
- Sentencia 10/2007, de 18 de enero.
- Sentencia 82/2012, de 8 de junio.
- Sentencia 132/2012, de 29 mayo.
- Sentencia 161/2014, de 3 de julio.

Las Palmas

- Sentencia 46/2015 de 26 de febrero.

Madrid

- Auto 396/2003, de 28 de octubre.
- Sentencia 464/2004, de 26 de octubre.
- Sentencia 523/2013, de 4 noviembre.

- Sentencia 945/2014, de 9 de diciembre.
- Sentencia 340/2016, de 30 junio.
- Sentencia 364/2018, de 16 mayo.

Málaga

- Sentencia 275/1999, de 9 de septiembre.
- Sentencia 12/2000, de 19 enero.
- Sentencia 251/2009, de 20 de mayo.
- Sentencia 579/2009, de 13 de octubre.
- Sentencia 66/2013, de 31 enero.
- Sentencia 502/2017, de 22 diciembre.
- Sentencia 130/2018, de 5 abril.
- Sentencia Audiencia Provincial de Cádiz de 26 de marzo de 2002.
- Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza 226/1999, de 11 de mayo.

Murcia

- Sentencia 34/2007, de 14 de marzo.
- Sentencia 104/2007, de 9 de julio.
- Sentencia 77/2008, de 29 de septiembre.
- Sentencia 14/2009, de 27 de enero.
- Sentencia 31/2009, de 11 de febrero.
- Sentencia 60/2009, de 30 de marzo.
- Sentencia 85/2009, de 27 de enero.
- Sentencia 98/2009, de 13 de julio.
- Sentencia 50/2010, de 1 marzo.
- Sentencia 177/2013, de 15 marzo.
- Sentencia 568/2013, de 30 diciembre.

- Sentencia 227/2015, de 12 mayo.
- Sentencia 257/2016, de 22 de abril.
- Sentencia 206/2017, de 9 de mayo.
- Sentencia 108/2018, de 6 marzo.
- Sentencia 125/2019, de 5 abril.

Pontevedra:

- Sentencia 81/2009, de 17 abril.

Tarragona:

- Sentencia 148/2017, de 31 de marzo.

Salamanca:

- Auto 372/2010, de 10 diciembre.

Sevilla:

- Sentencia 450/2008, de 29 de julio.
- Sentencia 108/2012, de 23 de febrero.
- Sentencia 579/2015, de 9 diciembre.
- Sentencia 362/2016, de 16 septiembre.

Soria:

- Sentencia 44/2007, de 27 julio.
- Sentencia 27/2011, de 13 abril.

Tarragona:

- Sentencia 223/2015, de 28 de mayo.
- Auto 198/2018, de 9 de marzo.

Valencia

- Decreto de la Ilustrísima Sr. Fiscal Jefe de Valencia de 7 de mayo de 2016.

- Sentencia 158/2014, de 29 enero.
- Sentencia 218/2017, de 29 de marzo.

Zaragoza

- Sentencia 226/1999, de 11 mayo.

JUZGADOS DE LO PENAL

Murcia

- Sentencia del Juzgado de lo Penal Nº 4 de Murcia 467/2013, de 2 de diciembre.
- Sentencia del Juzgado de lo Penal Nº 2 de Murcia 46/2014, de 11 febrero.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:

- Sentencia caso Gradinger contra Austria, de 23 octubre 1995.
- Sentencia caso Oliveira contra Suiza, de 30 julio 1998.
- Sentencia caso Franz Fischer contra Austria, de 29 mayo 2001.
- Sentencia caso Saliba contra Malta, de 8 noviembre 2005.
- Sentencia caso Vitiello contra Italia, de 17 julio 2007.
- Sentencia caso Rivard contra Suiza, de 4 octubre 2016.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA:

- Sentencia de 13 de septiembre de 2005, C-176/2003.
- Sentencia Caso Garlsson Real Estate SA y Otros contra Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob), de 20 de marzo de 2018.
- Sentencia Caso Tribunale di Bergamo (Tribunal de Bérghamo, Italia) contra Luca Menci, de 20 marzo 2018.